Richterbrechtlicher Erwerb von Todes wegen

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hermann von Spindler

Gerichtsassessor aus Corbach

Marburg 1933

Dissertationsdruckerei und Verlag Konrad Triltsch, Würzburg-Aumühle

Von der Rechts- u. Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Marburg
als Dr.-Dissertation angenommen am 29. VIII. 32.

Berichterstatter:

Professor Dr. jur., Dr. phil., Dr. rer. pol. h. c. Erich Jung.

Meiner Mutter.

Übersicht.

Literatur.

Becker, Lehrbuch des heutigen Pandektenrechtes, Band I, (1886).
Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, (2. Aufl. 1902).
Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Dt. Reiches, Bd. 5, (2. Aufl. 1905).
Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1 (9. Aufl. 1903), Bd. 3 (8/9. Aufl. 1919).
Enneccerus-Kipp-Wolf, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1 (1926); Bd. I, 2 (1928); Bd. II, 1 (1929); Bd. II, 3 (1930).
Hölder, Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil, (1900).
Jung, Bürgerliches Recht, in „Das gesamte dt. Recht", herausgeg. von Rud. Stammler, Bd. I, S. 447 ff., (1931).
Kommentar der Reichsgerichtsräte (Busch-Erler), 6. Aufl. 1928.
Leonhard, Fr., Allg. Schuldrecht des BGB, (1929).
— Kommentar z. Erbrecht (1912).
Oertmann, Kommentar zum BGB, Allgem. Teil, 3. Aufl. (1927); Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1928.
Planck, Kommentar zum BGB, Allgem. Teil, (4. Aufl. 1913); Recht d. Schuldverhältn., Bd. 1 (1914). Sachenrecht, (4. Aufl. 1920). Erbrecht, (4. Aufl. 1930).
Rehbein, Kommentar zum BGB, Allgem. Teil (1899).
Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse im BGB, (2. Auflage 1904).
Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, (4. Aufl. 1929).
Staudinger, Kommentar zum BGB, 9. Auflage, 1925 ff.
Strohal, Das dt. Erbrecht a. Grundl. des BGB, Bd. I (3. Aufl 1903).
v. Thur, Der Allgem. Teil des Dt. Bürgerl. Rechts, Bd. I (1910); Bd. II, 1 (1914); Bd. II, 2 (1918).
Warneyer, Kommentar zum BGB, 2. Auflage 1930.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch der Pandekten, 9. Aufl. 1906.
Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Stier-Somlo-Elster) 1926 ff.
Wörterbuch der Volkswirtschaft (Elster) 1911.

II. Einzeldarstellungen und Aufsätze:

Aßmann, Die Rechtsstellung des Boten; Jena Diss. 1906.
Breit, Zur Lehre vom Rechtsgeschäft, i. Sächs. Arch., Bd. XV, S. 645 ff.
Bruck, Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag, 6. Aufl. 1929.

Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter (1910).

Buchka, Stellvertretung b. Eingehung v. Verträgen (1852).

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 2. Auflage 1906.

— Lebensversicherung zu Gunsten der Erben, i. Recht 1905, S. 89.

Ebbecke, Zum mandatum post mortem, i. Recht 1916, Sp. 338.

Eckhardt, Der dingliche Vertrag zu Rechten Dritter, Marburger Diss. 1928.

Falkmann, Die Rechtsstellung des Boten, Erlang. Diss. 1907.

Fleck, Der Bote, i. Archiv f. Bürgerl. Recht, Band XV, S. 337 ff.

Gareis, Vertrag zu Gunsten Dritter, (1873).

Gieben, Der Vertrag zug. Dritter in seiner Anwendung auf das mandatum post mortem . . . . . , Freiburger Diss. 1906.

Hachenburg, Vorträge über das BGB, 2. Aufl. 1900.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte (1899).

Hupka, Die Vollmacht, Leipzig 1900.

Ihering, Der Zweck im Recht, Bd. I,(1877).

Josef, Einzahlungen auf fremdes Sparkassenbuch, i. Recht 1920, S. 114 ff.

— Lebensversicherung und Pflichtteilsanspruch, in Archiv f. Bürgerl. Recht, Bd. 42, S. 319 ff.

Jung, Das privatrechtliche Wesen des Geldes, (1926).

Kipp, Wer kann nach dt. bürgerl. Recht mit Vermächtnissen belastet werden? i. Festschr. Luitpold von Bayern 1901, S. 107 f.

Kirschbaum, Der Vertrag zu Gunsten Dritter von Todes wegen, Heidelberger Diss. 1906.

Kluckhohn, Die Verfügungen zugunsten Dritter, in Abhandlungen z. Privatrecht u. ZP. des dt. Rechts, Band 27, Heft 1, (1914).

Kohler, Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit, in Archiv f. Bürgerl. Recht, Bd. 22, S. 1 ff.

— Der Verzug des Gläubigers, i. Archiv f. BR, Bd. 13, S. 209.

Lehmann, „Wann untersteht ein Vertrag zug. Dritter den Vorschriften über die Schenkung auf den Todesfall?" i. Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 36, S. 81 ff.

Lenel, Stellvertretung u. Vollmacht, i. Iherings Jb. Bd. 36 (1896).

Leonhard, Fr., Vertretung beim Fahrniserwerb, (1899).

— Bürgerliches Recht, Lehrbuch 1923.

Lurje, Die Umgehung des Gesetzes und ihr Recht, i. Arch. f. BR, Bd. 41.

Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, (1907).

Melsheimer, Wie kann man über den eigenen Nachlaß verfügen . . . . . ? Heidelberger Diss. 1912.

Natter, Lebensversicherungen zu Gunsten Dritter u. der Pflichtteilsanspruch, i. Zentralblatt f. freiwill. Gerichtsbarkeit u. Notariat, Bd. 8, S. 303 f.

Nothmann, Der Begriff des Vermögens im Bürgerl. Rechte, Greifswalder Diss. 1914.

Oertmann, Die über den Tod hinaus erteilte Vollmacht im Bankverkehr,

i. Bankarchiv, Zeitschrift f. Bank- u. Börsenwesen, 13. Jahrg. 1913/14.

Overhues, Das mandatum post mortem ...., Heidelb. Diss. 1908.

Ogonowski, Geschäftsführung ohne Auftrag (1877).

Pauli, Verträge zu Gunsten Dritter v. Todes wegen, Erlanger Diss. ohne Jahresangabe.

Pinoli, Der Vermögensbegriff nach dem BGB ...., Breslauer Diss. 1913.

Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen, Weimar 1868.

Reichel, Freizeichnung u. Erfüllungsgehilfenschaft, i. Recht 1924, Sp. 155/58.

Rosenberg, Stellvertretung im Zivilprozeß, Berlin 1908.

— Verträge zugunsten Dritter im Sachenrecht, in Deutsche Juristenzeitung 1912, S. 542 ff.

v. **Savigny**, Obligationenrecht, Bd. II (1853).

Schloßmann, Die Lehre von d. Stellvertretung, Bd. I (1900), Bd. II (1902).

Schöny, Treuhandgeschäfte, i. Archiv f. BR, Bd. 35, K. 291 ff.

Schwarz, Rechtssubjekt und Rechtszweck, in Archiv f. BR, Bd. 32.

Seyfferth, Der Vertrag zu Gunsten Dritter v. Todes wegen, (§ 33, Abs. I BGB) ein selbständiges Rechtsinstitut des BGB, Heidelberger Diss. 1913.

Siber, Die Frage der Verfügungsgeschäfte zu fremdem Recht, i. Festgabe d. Leipz. jur. Fakultät f. Sohm, 1915.

Sohm, Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung, i. Arch. f. BR, Bd. 28.

Spielmanns, Zum mandatum post mortem, i. Recht 1924, Sp. 401.

Stöwer, Ist die Einigung im Sachenrecht des BGB ein Rechtsgeschäft?, in Arch. f. BR, Bd. 26, S. 170 ff.

Strohal, Das dt. Erbrecht auf Grundlage des BGB, Bd. I, 3. Aufl. 1903.

Termeer, Die Verträge zu Gunsten Dritter von Todes wegen, Erlanger Diss. 1907.

v. **Thur**, Einzahlung auf fremdes Sparkassenbuch, in Leipziger Zeitschrift 1918, S. 881 ff.

— Die unwiderrufliche Vollmacht, in Straßburger Festschrift f. P. Laband (1908).

Vetsch, Die Umgehung des Gesetzes, Zürich 1917.

Walsmann, Der Verzicht, Leipzig 1912.

Th. Wolff, Der Vertrag zugunsten eines Dritten im Bankverkehr, i. Bankarchiv, 21. Jahrgang, 1921/22.

III. Zeitschriften und Entscheidungen.

Archiv für Bürgerliches Recht.

Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Deutsche Juristenzeitung.
Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.
Juristische Wochenschrift.
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
Das Recht.
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB f. d. dt. Reich.
Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches f. d. dt. Reich, Bd. 5; Amtliche Ausgabe 1888.

Einleitung.

Das Erbrecht des BGB stellt für die Verfügungen von Todes wegen eine Reihe von Formerfordernissen auf, die die rechtswirksame Kundgabe des letzten Willens erheblich erschweren. So sind die Versuche, das erstrebte Ziel unter Meidung der im fünften Buche des BGB vorgezeichneten Wege zu erreichen, verhältnismäßig häufig. Aber nicht allein die Furcht vor den Folgen eines Formfehlers gibt dazu den Anlaß; auch die Scheu vor den Kosten des öffentlichen Testamentes, die Abneigung gegen die Änderung eines bestehenden — vielleicht auch noch deponierten — Testaments, der Wunsch, die geplante Zuwendung vor den Verwandten, den Erben, geheim zu halten, führen in vielen Fällen zu derartigen Versuchen. Manchmal mag es ja vielleicht auch nur törichter Aberglaube, Angst vor der angeblich das Leben verkürzenden Errichtung des Testaments[1]) sein, die den zukünftigen Erblasser dazu veranlassen.

Rein menschlich betrachtet verdienen die meisten dieser Beweggründe ohne Zweifel eine gewisse Beachtung. Ob sie auch auf rechtlichem Gebiet in dem Maße Berücksichtigung finden können, daß der Erbe des Zuwenders die Vollziehung der Zuwendung nicht zu vereiteln vermag, hängt davon ab, ob der sonst durch Errichtung eines Testaments oder Erbvertrages angestrebte wirtschaftliche Erfolg auch außerhalb der für diese Institute gegebenen Formvorschriften erreicht werden kann.

Diese Frage soll hier näher untersucht werden. Bei ihrer Beantwortung wird zu berücksichtigen sein, daß die Untersuchung zu einem praktisch brauchbaren Ergebnis nur dann führen kann, wenn sie sich frei von Spekulation in den Grenzen des geltenden Rechtes hält, und wenn sich das Ergebnis ohne Widerspruch in das Rechtssystem des BGB einfügt. Aus diesem Grunde wird auch eine eingehende Berücksichtigung der Rechtsprechung erforderlich sein, die sich mit den auf diesem umfangreichen Gebiet zu lösenden Einzelfragen befaßt.

---

[1]) Endemann III, 1, § 30, I; Melsheimer, S. 2; Lehmann, S. 93.

Hauptteil.

§ 1.

A. Der Begriff eines nicht erbrechtlichen Erwerbes von Todes wegen.

Was verstehen wir nun näher unter einem solchen nicht erbrechtlichen Erwerb von Todes wegen?

Er ist ein Vermögensvorteil, der dem Bedachten auf Grund eines Rechtsgeschäfts zufällt, und sowohl in einer Vermehrung der Aktiva, als auch in einer Verminderung der Passiva bestehen kann. Die damit beabsichtigte Zuwendung ist eine Zuwendung von Todes wegen. Sie wird vom Zuwendenden in dem Gedanken an seinen bevorstehenden Tod eingeleitet und soll erst nach seinem Tode wirksam werden; sie findet zwar außerhalb der im 5. Buche des BGB vorgezeichneten Wege statt, steht aber dem auf erbrechtlichen Wege erreichbaren Ziele gleich, ist also vor allem unentgeltlich und im Augenblick des Todes des Zuwendenden noch nicht vollzogen. Das Recht des Begünstigten kommt vielmehr erst bei Eintritt des Todes oder sogar nach diesem Zeitpunkt als neues zur Entstehung.

Der nicht erbrechtliche Erwerb steht also im Gegensatz zum „vererbten Schuldverhältnisse", wo ein vom Erblasser „endgültig begründetes und tatbestandsmäßig vollendetes" [2]) Rechtsverhältnis auf den Erben übergeht [3]), wie z. B. das vom Erblasser formgültig gegebene Schenkungsversprechen, oder die bereits zu seinen Lebzeiten unter der aufschiebenden Bedingung seines Todes vollzogene Schenkung. Da die beabsichtigte Rechtsgestaltung andererseits durch Maßnahmen eingeleitet wird, welche schon vor dem Tode des Zuwendenden eine gewisse rechtliche Wirksamkeit — wenn auch nicht in der Person des Bedachten — (z. B. beim Vertrag zu Gunsten Dritter) entfalten, so besteht auch ein Gegensatz zu den erbrechtlichen Verfügungen von Todes wegen. Denn hier ist der Eintritt des Erbfalles wesentliches Tatbestandserfordernis, Voraussetzung für die Entstehung jeglicher Rechtswirkung.

§ 2.

B. Die Ansicht Endemanns:

Die Möglichkeit eines solchen nicht erbrechtlichen Erwerbes von Todes wegen ist allein von Endemann [4]) zusammenhängend behandelt worden. So

[2]) Endemann, § 30, I.
[3]) aaO.
[4]) aaO.

gewährt seine Darstellung den besten Überblick über dieses Gebiet. Auch werden wir uns mit der von ihm vertretenen Ansicht wiederholt eingehend beschäftigen müssen. Deshalb rechtfertigt sich eine zuammenhängende Wiedergabe schon an dieser Stelle; soweit sich andere Autoren mit Einzelfragen befaßt oder seine Lehre weiter ausgebaut haben, wird darüber bei Prüfung der einzelnen rechtlich denkbaren Wege gehandelt werden (unten §§ 4 ff.).

Endemann geht davon aus, daß die gesetzlichen Vorschriften über die gewillkürten Verfügungen von Todes wegen keineswegs eine abschließende und ausschließliche Geltung in der Weise zu beanspruchen hätten, daß der Erblasser über seine Nachlaßrechte und andere Rechtsbeziehungen lediglich in der Form des Testaments oder Erbvertrages und nur in dem inhaltlich dafür ausdrücklich zugelassenen Umfange verfügen könne. Der Erblasser habe vielmehr nicht nur die rechtliche Möglichkeit der Berufung des Erben, sondern darüber hinaus auch die Macht, zu bestimmen, welche Rechte sich noch im Nachlaß zur Vererbung vorfinden sollten. Da ihm die beliebige Verfügung über seine Vermögensrechte zustehe, könne er diese Rechtsmacht auch so ausüben, daß er die Zuwendung an den Bedachten bis zu seinem Tode und darüber hinaus rechtlich in der Schwebe halte, indem er dieses Vermögensrecht vom Erbgang und vom Nachlaß [5]) ausscheide und es damit seiner über den Tod hinaus wirkenden Verfügungsmacht vorbehalte [6]).

Die Möglichkeit dazu biete vor allem der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall (§ 331 BGB). Der Bedachte erwerbe das Forderungsrecht i. Zw. erst mit dem Tode des Versprechensempfängers, und zwar vollziehe sich dieser Erwerb kraft des zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrages unmittelbar aus der Hand des Verstorbenen, nicht aus der Hand des Erben [7]), weil sich das Recht im Augenblick des Todes vom Nachlaß trenne. Dabei sei diese Vertragsform für jedes Vermögensrecht geeignet, stelle auch keine besonderen Formerfordernisse auf. Denn für die Form sei lediglich die Rechtsnatur des zwischen dem Versprechensempfänger und dem Versprechenden abgeschlossenen Vertrages maßgebend.

Über diese rein obligatorische Beziehung hinaus lasse sich aber die Wirkung des unter Lebenden geschlossenen Rechtsgeschäfts noch weiter ausdehnen und zu einer dinglich gesicherten Anwartschaft des Bedachten auf die Leistung steigern. Auf Grund eines Auftrages auf den Todesfall und einer damit verbundenen, über den Tod des Vollmachtsgebers hinaus wirksamen Vollmacht könne der Vertreter im Namen des verstorbenen Vertretenen im Rahmen der Vollmacht wirksam verfügen. Er handele dabei aber keineswegs als Vertreter der

---

5) III, a; V, a, 1; b; c, 3.
6) I; III, a.
7) IV.

Erben und verfüge auch nicht über die diesen angefallenen Rechte[8]), denn Vertretung bedeute Handeln für den Vollmachtgeber, und die Bestellung eines Vertreters für die Rechte anderer, hier der Erben, sei im geltenden Recht unmöglich. Die Eigenart der Rechtsstellung beruhe also darin, daß der Vertreter aus dem Willen des Verstorbenen über Rechte verfügen solle, die dieser seiner eigenen Rechtsmacht vorbehalten und daher aus dem zukünftigen Nachlaß ausgeschieden habe[9]). Infolgedessen seien auch die Erben zum Widerruf der vom Erblasser erteilten Vollmacht außerstande[10]).

Eine solche „Fortwirkung des rechtsgeschäftlich verlautbarten Willens" entspreche durchaus dem vom BGB selbst (§§ 130, II, 153, 672, 168) wiederholt ausgesprochenen Grundsatz, daß die Wirksamkeit einer abgegebenen Willenserklärung nicht dadurch beeinträchtigt werde, daß der Erklärende vor ihrem Zugehen oder ihrer Annahme gestorben ist. Da es hiernach eine Vertragsschließung über den Tod hinaus auf Grund der eigenen Willenserklärung gebe, so müsse dasselbe auch für die Willenserklärung des Vertreters gelten, der auf Grund der ihm vom Verstorbenen vor seinem Tode erteilten Vollmacht handele.

Die stärkste Wirkung werde erzielt, wenn neben diesen Rechtsgeschäften die Hinterlegung oder fiduziarische Übertragung des Zuwendungsgegenstandes an die Mittelsperson einhergehe. Denn durch die Hinterlegung oder Übertragung werde das Vermögensgut von dem Nachlasse gesondert und dem Erbgange entzogen, somit auch vor dem Zugriff der Erben gesichert. Zugleich könne auch noch durch Vertrag zugunsten Dritter vereinbart werden, daß der Anspruch des Gebers auf Herausgabe des Gegenstandes mit seinem Tode sofort und unmittelbar dem Bedachten anfallen solle. Dieser erwerbe dann bei Eintritt des Todes den mittelbaren Besitz und damit das Eigentum am Zuwendungsgegenstande[11]).

Es fragt sich nun, ob und inwieweit die von Endemann vorgeschlagenen Wege zum Ziele führen, zunächst einmal, ob der Zuwendende tatsächlich irgendwelche Vermögensrechte „seiner über den Tod fortwirkenden Rechtsmacht vorbehalten", dadurch aus dem Nachlasse ausscheiden und somit dem etwa bestehenden Einfluß der Erben entziehen kann.

§ 3.

C. Der Begriff des Vermögens und die Bestandteile des Vermögens.

Nach § 1922 BGB geht mit dem Tode einer Person deren Vermögen als Ganzes auf den bezw. die Erben über. Es bedarf deshalb genauer Feststel-

---

[8]) Ebenso Melsheimer, S. 40, 44.
[9]) Ebenso Overhues, S. 29.
[10]) Endemann, § 30, V, a.
[11]) V, b.

lung dieses Vermögensbegriffes, denn nur so läßt sich ersehen, auf welche Weise einzelne Gegenstände aus dem Vermögen ausgeschieden werden können.

Das BGB verwendet zwar den Ausdruck „Vermögen" mehrfach (z. B. §§ 311 f., 1360, 1922), gibt uns aber keine nähere Begriffsbestimmung. Infolgedessen hat sich eine große Anzahl verschiedener Ansichten herausgebildet. Von einzelnen Autoren wird ein einheitlicher Vermögensbegriff überhaupt geleugnet, z. B. von Staudinger [12]), der ihn aus dem jeweiligen Zusammenhang der einzelnen Rechtsvorschriften zu deuten sucht. Nach anderer Ansicht [13]) ist das Vermögen eine Gesamtheit, welche eine von der Summe ihrer Teile verschiedene, durch die Gemeinsamkeit des Rechtssubjektes begründete Einheit darstellt. Bekker [14]) sieht darin einen Komplex von verkehrsüblich tauschbaren, d. h. geldwerten Rechten, Enneccerus [15]) und Jung [16]) nennen neben den dinglichen und den Forderungsrechten noch besonders die Immaterialgüterrechte, Planck [17]) und andere rechnen (namentlich im Falle des § 1922) alle vermögensrechtlichen Beziehungen einer Person einschließlich der Schulden dazu, während Enneccerus und RGRK [18]) die Schulden nur als eine Belastung des Aktivvermögens ansehen. Schwarz [19]) endlich und in Anlehnung an ihn Pinoli [20]) weichen von den übrigen Autoren dadurch ab, daß sie als einigendes Band für die verschiedenen Vermögensbestandteile nicht die Gemeinsamkeit des Rechtsträgers, sondern die Gemeinsamkeit des bestimmungsgemäßen Zweckes bezeichnen.

Von allen diesen Streitfragen interessieren hier aber nur zwei: Welches Band eint die verschiedenen Bestandteile zum Vermögensbegriff, und welche Rechte sind zum „Vermögen" zu rechnen?

Die erste Frage haben Schwarz und Pinoli, wie bereits angedeutet, dahin beantwortet, daß die den Interessen eines Menschen dienenden Rechte sein Vermögen bilden. Jedes Recht sei Zweckrecht, jedes Vermögen ein Zweckvermögen. Subjekt sei nicht der Mensch, sondern der Zweck, dem dasselbe diene. Zur Befriedigung jedes einzelnen Interesses sei ein Vermögen bestimmt. Soviel Interesse, soviel Vermögen. Doch sei es notwendig, daß jemand diese Rechte zu Gunsten des Zweckes ausübe. Das könne nur der Mensch sein,

---

[12]) Vorb. zu § 90, IV.
[13]) Windscheid-Kipp, § 10.
[14]) System, § 41.
[15]) § 124, I, 1.
[16]) § 78, S. 556.
[17]) Vorb. 3 zu § 90.
[18]) § 1922, Anm. 5.
[19]) Arch.BR. Bd. 32, S. 12 ff.
[20]) S. 50, 51.

denn nur dieser könne handeln. Damit seien die Rechte aber nicht an den Menschen gebunden, sondern an den Zweck. An den Menschen sei lediglich die Ausübung des Rechtes gebunden, dieser sei Zweckbesorger, Zweckvertreter.

Folgt man dieser Ansicht, dann kann der Erblasser einen Gegenstand schon durch die bloße — äußerlich erkennbare — Bestimmung für einen den Erben fremden Zweck aus dem zukünftigen Nachlaß ausscheiden, da ja nur dasjenige für die Zwecke der Erben bestimmt sein und diesen anfallen könnte, was nicht für andere Zwecke ausersehen wäre. Es beständen dann in der Hand des Zuwenders zwei Vermögen, das zukünftige Nachlaßvermögen und das Vermögen für den Sonderzweck. Es wäre also denkbar leicht, die beabsichtigte Rechtsgestaltung auf dem von Endemann vorgeschlagenen Wege durchzuführen, ohne daß die Erben irgendwelchen Einfluß darauf hätten.

Diese Anschauung ist jedoch unrichtig. Ihre beiden Verfechter stellen den Zweck in Gegensatz zum Menschen, übersehen dabei aber, daß ein solcher kontradiktorischer Gegensatz schon deshalb garnicht bestehen kann, weil der Zweck begriffsnotwendig einen Menschen zur Voraussetzung hat. Denn der Zweck ist etwas Gedachtes, ist die Vorstellung [21]) eines zukünftigen Erfolges, (causa finalis im Gegensatz zu causa efficiens), durch welche der Handelnde zur Vornahme der diesen Erfolg herbeiführenden Handlungen veranlaßt wird. Der Zweck setzt also einen Organismus voraus, der zu solchen Vorstellungen und Handlungen fähig ist. Diese Tatsache wird auch keineswegs dadurch umgestoßen, daß die Frage der Zweckbestimmung im täglichen Leben stets im Hinblick auf eine S a ch e aufgeworfen, von der Bestimmung einer Sache gesprochen wird. Denn damit kommt ja nur zum Ausdruck, daß die Person die Sache als taugliches Mittel für ihre Zwecke ansieht, und die mit der Sache verfolgte Absicht als deren Bestimmung, deren Zweck, in diese hineinlegt [22]). Mit Recht sagt deshalb Ihering [23]): „Die Zwecke der Sachen sind nichts als die Zwecke der Personen, die sie mit ihnen verfolgen." Da also die Person, der Mensch, das primäre, der Zweck das erst dadurch ermöglichte, sekundäre Element ist, kann Träger des von der Rechtsordnung für die Zweckverwirklichung gewährten Schutzes nur der Mensch sein.

Hinzukommt, daß der Zweck als bloße Vorstellung und somit rein innerer Vorgang fortwährendem Wechsel geneigt ist, und sich der rechtlichen Konstruktion entzieht, niemals also zum Träger des Rechts, zum Rechtssubjekt geeignet sein kann.

Weiterhin ist aber auch der aus dieser Lehre entwickelte Vermögensbegriff praktisch unbrauchbar, denn seine Schöpfer suchten die rechtliche Defi-

---

[21]) Ihering, S. 5.
[22]) Ihering, S. 73 ff.
[23]) Ihering, S. 76.

nition eines Inbegriffs, der im geltenden Recht unbestreitbar eine Mehrheit von Einzelbestandteilen umfaßt, und kommen zu einem Ergebnis, das die völlige Zerschlagung dieses Inbegriffes bedeutet, ja in seinen Konsequenzen sogar umgekehrt das angeblich Umfassende, den Oberbegriff, unter Umständen als Teil des Bestandteils erscheinen läßt. Denn wenn die jedem einzelnen Zweck dienenden Rechte schon in sich ein Vermögen bilden, so sind in einer Person bereits unendlich viele Vermögen angehäuft, und da ein einzelnes Recht auch noch verschiedenen Einzelzwecken dienen kann, enthält es dann also allein schon mehrere Vermögen. Daß dieses Ergebnis rechtlich wertlos ist, bedarf keines weiteren Beweises.

Schließlich steht diese Ansicht, die den Zweck zum Rechtssubjekt macht, auch in unvereinbarem Gegensatz zum geltenden Recht. Denn dieses knüpft die Fähigkeit, Träger von Rechten, Rechtssubjekt, zu sein, in § 1 BGB ausdrücklich an den Menschen, und setzt diesem dann die sog. Juristischen Personen gleich, welche aber ihrerseits immer letzten Endes wieder auf den Menschen zurückgehen.

So ist es denn durchaus erklärlich, daß Schwarz und Pinoli mit ihrer Lehre alleinstehen, daß alle anderen Autoren, soweit ihre Anschauungen im übrigen auch auseinandergehen, die Person als Rechtssubjekt ansehen und im Vermögen die „Gesamtheit der im Eigentum einer Person stehenden . . . Güter“ [24]) erblicken. Vermögen ist das Rechtsband, welches eine Vielheit von Rechtsobjekten mit demselben Rechtssubjekt verbindet. Die verschiedenen Gegenstände werden zum Vermögen durch die Gemeinsamkeit des Rechtsträgers, die Gebundenheit an dieselbe Person.

Mit Recht weist nun Jung [25]) auf den Mangel dieser Begriffsbestimmung hin: Das Erkennungsmerkmal des gemeinsamen Rechtssubjektes versagt für die Frage der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Vermögen, sobald die Ausübung des Rechtes einer vom Rechtsträger verschiedenen Person zusteht, so insbesondere bei den Verwaltungs- und Nutznießungsrechten an einem fremden Vermögen [26]), ferner bei gesetzlicher Vertretungsmacht für einen Geschäftsunfähigen eine juristische Person [26]). Dieser Schwierigkeit wird er durch ein anderes Merkmal, welches, wie wir noch sehen werden, insbesondere auch für die Frage des Sondervermögens von Wichtigkeit ist, gerecht, indem er die Haftung für die Schulden des Vermögensinhabers in den

---

[24]) So Stier-Somlo, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft; ebenso Lexis i. Hdbuch der Volkswirtschaft, S. 1169; ferner neben den oben Anm. 12 bis 18 Genannten auch Endemann, Bd. I, S. 229, Oertmann, Kom. BGB S. 225; Nothmann, S. 14, 29.

[25]) S. 551.

Vordergrund stellt[26]). Dieser Grundsatz der Schuldenhaftung[27]) kommt zwar nirgends im Gesetz allgemeingültig zum Ausdruck, läßt sich aber aus unserem Rechtssystem garnicht wegdenken, und hat wohl gerade deshalb auch keine ausdrückliche Formulierung erfahren. Für sein Bestehen sprechen vor allem die Vorschriften der §§ 811, 850 ZPO, die eine ganze Anzahl von Vermögensstücken im Interesse des Schuldners von der Haftung ausnehmen. Für den Vermögensbegriff ist also neben der Gemeinsamkeit des Rechtsträgers auch die Gemeinsamkeit der Haftung für dessen Schulden wesentlich.

Aus der rechtlichen Natur des zwischen Rechtssubjekt und Rechtsobjekt bestehenden Bandes folgt nun aber, daß ein Ausscheiden aus dem Vermögen nur durch ein unmittelbar auf die Lösung dieses Rechtsbandes gerichtetes Rechtsgeschäft geschehen kann, oder durch eine Rechtshandlung, die diese Wirkung kraft gesetzlicher Vorschrift unmittelbar zur Folge hat[28]). Endemann ist also im Unrecht, wenn er[29]) einen Gegenstand schon durch Bestimmung für einen dem Nachlaß fremden Zweck aus diesem ausscheiden zu können glaubt, oder durch deren bloße Hinterlegung oder Aushändigung an die für die Ausführung der Zuwendung geworbene Mittelsperson. Denn durch keine dieser Handlungen wird das zwischen Person und Sache bestehende Rechtsband gelöst, vielmehr stellen auch die Hinterlegung oder Aushändigung hier bloße Vorbereitungshandlungen dar[30]), sodaß die rein äußerliche Trennung keine Loslösung vom Vermögen bewirkt.

Auch die Tatsache, daß das geltende Recht neben dem allgemeinen Vermögen noch sog. Sondervermögen kennt, d. h. Gruppen von Rechten, welche unter gewissen rechtlichen Voraussetzungen eine von dem übrigen Vermögen verschiedene rechtliche Behandlung erfahren[31]), vermag die von Endemann vertretene Ansicht nicht zu stützen. Denn ein Sondervermögen liegt nur dann vor, wenn der fragliche Komplex von Rechten die dafür typischen Merkmale enthält. Diese sind zwar ebenfalls durch das Gesetz nicht ausdrücklich festgelegt, lassen sich aber aus den verschiedenen, dem geltenden Recht bekannten Sondervermögen als allgemein geltende Grundsätze entnehmen.

---

[26]) aaO.

[27]) Vgl. auch Kohler, § 2, S. 5.

[28]) z. B. 946, 947 BGB.

[29]) Vgl. oben zu Anm. 7 u. 10; ebenso offenbar Overhues, S. 29, der die Rechtslage so konstruieren will, daß der zuzuwendende Gegenstand von dem Auftraggeber schon zu Lebzeiten aus seinem Vermögen ausgesondert und nach dem Tode der Auftrag ausgeführt wird; daß mit der Aussonderung keine fiduz. Übereignung gemeint ist, ergeben die Ausführungen S. 30.

[30]) Vgl. RG 83, 231; RG JW 1904, S. 337, Nr. 3; 1917, S. 924; s. auch unten § 12, 3.

[31]) Jung, S. 551, 553; Ennecc. I, § 125.

Hier ist an erster Stelle das Surrogationsprinzip zu nennen, der Grundsatz, daß gewisse ausscheidende Gegenstände durch andere, kraft Gesetzes unmittelbar an ihre Stelle tretende ersetzt werden [32]). Dieser „dingliche Ersatzeintritt" [33]) ist allerdings nicht durchweg einheitlich geregelt [32]) [33]), ja er fehlt sogar im Falle des § 419 BGB völlig und kann deshalb nicht als Essentiale des Begriffes „Sondervermögen" betrachtet werden [34]). Ein weiteres, bei der Gesellschaft des BGB jedoch ebenfalls versagendes Mittel ist die von dem übrigen Vermögen abweichende Schuldenhaftung, z. B. §§ 419, Abs. II, 1412, 1415, 1460, 1463, 1975; ferner in zahlreichen Fällen eine abweichende dingliche oder obligatorische Gebundenheit des Berechtigten, sei es, daß er in seiner Verfügungsmacht beschränkt ist — so die Ehefrau beim gesetzlichen Güterstand und der Gütergemeinschaft —, oder sein Verwaltungsrecht mit einem anderen teilen muß (§§ 718, 2038), oder von seinen Befugnissen nur in bestimmter Richtung Gebrauch machen darf [35]). In den hier allein in Frage kommenden Fällen des sog. unselbständigen Sondervermögens, d. h. denjenigen, wo noch eine weitere, demselben Rechtssubjekt zustehende Vermögensmasse vorhanden ist, das Sondervermögen also keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, ist jedenfalls immer mindestens eines dieser Kennzeichen gegeben.

Aus diesen Merkmalen ergeben sich nun wichtige Folgerungen insofern, als sie einen allgemeinen Rückschluß auf die Entstehungsmöglichkeit von solchen Sondervermögen zulassen: Der Grundsatz der Surrogation bedeutet eine Ausnahme von der Regel, daß der dingliche Rechtserwerb sich in der Person des bei dem Erwerb hervortretenden vollzieht, und findet unbestritten nur in den vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen Anwendung [36]), muß hier also ausscheiden. Und aus den beiden übrigen Merkmalen, der Schuldenhaftung und der Beschränkung der Verfügungsmacht, läßt sich entnehmen, daß hier eine hinsichtlich der Gegenstände des Sondervermögens bestehende obligatorische bezw. dingliche Gebundenheit an ein anderes Rechtssubjekt erforderlich ist.

Ob nun eine derartige Rechtsbeziehung auch außerhalb der im geltenden Recht ausdrücklich vorgesehenen Fälle begründet werden könnte, muß hier dahingestellt bleiben. Denn Voraussetzung dafür wäre in jedem Falle ein auf Herstellung dieser Beziehung gerichtetes oder sie kraft gesetzlicher Vorschrift nach sich ziehendes Rechtsgeschäft mit dem Erwerber der entsprechenden

---

[32]) Ennecc. aaO., II,2. vgl. auch Kohler, S. 8, 9.

[33]) Jung, § 39.

[34]) Vgl. Ennecc. aaO., wonach das Surrogationsprinzip auch nur hinsichtlich der **meisten** Sondervermögen gilt.

[35]) Jung, §§ 41, 42.

[36]) Vgl. Ennecc. aaO., Anm. 3.

Befugnisse. Ein solches Rechtsgeschäft besteht aber zu Lebzeiten des Vermögensinhabers in unsrem Falle begriffsnotwendig nicht (vgl. oben § 1!), und damit ist die von Endemann erstrebte Absonderung von dem zukünftigen Nachlaß unter Beibehaltung des dinglichen Rechtes auch im Wege der Begründung eines Sondervermögens unmöglich. —

Wir kommen nunmehr zu der Frage, welche Rechte zum Vermögen gehören.

In dem Rechtskreis, der Machtsphäre des einzelnen Rechtssubjektes lassen sich zwei Gruppen von Rechten und Befugnissen unterscheiden, nämlich solche, die sich auf die Person des Rechtssubjektes selbst, und solche, die sich auf etwas außerhalb desselben Liegendes [37]) richten. Zu den ersteren gehören neben dem Namensrecht vor allem die sog. Mitgliedschaftsrechte, da diese sich — abgesehen von den noch zu erwähnenden Sonderfällen — in der Rechtsstellung der Person, z. B. ihrer Teilnahme an den durch die Satzung bestimmten Vereinszwecken [38]) erschöpfen. In der zweiten Gruppe sind wiederum zwei ganz verschiedene Arten von Rechten zu unterscheiden [39]), nämlich die auf sittlicher Grundlage beruhenden und zur Erreichung besonderer sittlicher Zwecke verliehenen Familienrechte, und außerdem die zur Befriedigung der Bedürfnisse der Person dienenden Rechte, welchen in der Regel ein wirtschaftlicher, d. h. in Geld meßbarer Wert innewohnen wird [39]). Dieser wirtschaftliche Wert findet sich aber auch mehrfach bei den Personenrechten, wo im Firmen- und Markenrecht [40]), sowie bei der AG und **GmbH** der wirtschaftliche Inhalt regelmäßig sogar überwiegen wird, endlich auch im Familienrecht, z. B. im Ehegüterrecht. So liegt es nahe, diese Gruppen von Rechten in den Vermögensbegriff einzubeziehen, wobei dann also veräußerliche und unveräußerliche, vererbliche und unvererbliche, sowie höchstpersönliche Rechte zusammenkämen. Eine solche Zusammenfassung von Rechten teils höchstpersönlichen, teils überwiegend ethischen, teils rein wirtschaftlichen Inhaltes würde aber nicht nur dem Vermögensbegriff des täglichen Lebens zuwiderlaufen, welcher unter dem Vermögen einer Person deren „wirtschaftliche Macht [41]), d. h. Vorrat an geldwerten Gütern versteht, sondern auch in rechtlicher Beziehung leicht zu Unsicherheit und Zweifeln führen. Die darin enthaltenen unveräußerlichen bezw. unvererblichen Bestandteile würden z. B. im Falle eines Vertrages nach § 311 BGB einer Veräußerung „im Ganzen" erhebliche Schwierigkeiten bereiten, ebenso auch im Falle des § 1922

---

[37]) Ennecc. I, § 71.

[38]) Pinoli, S. 45.

[39]) Ennecc. aaO.

[40]) Jung aaO., S. 550.

[41]) v. Thur, I, S. 313; Kipp-Windscheid, Pand, § 42, S. 178; Sohm i. Arch. BR 28, S. 190; Nothmann, S. 13; Pinoli, S. 35.

den Übergang des Vermögens „als Ganzen" unmöglich machen. So ist denn anzunehmen, daß das BGB unter dem Vermögen einer Person nur ihre wirtschaftlichen, regelmäßig durch Veräußerung verwertbaren und ihre vererblichen Güter [42]) zusammenfaßt. Es fallen also auch die sog. Personenrechte hierunter, sobald in ihnen der wirtschaftliche Inhalt überwiegt [43]). Aber in diesem Falle sind sie regelmäßig auch übertragbar, sodaß die oben erwähnten Schwierigkeiten hier garnicht entstehen. —

§ 4.

D. Die verschiedenen rechtlich denkbaren Wege eines nicht erbrechtlichen Erwerbes von Todes wegen.

Bei der Untersuchung der verschiedenen Wege, die der Geber bei der Übertragung des Gegenstandes der Zuwendung aus seinem Vermögen in das Vermögen des Bedachten einschlagen könnte, werden wir uns stets vergegenwärtigen müssen, daß die Rechtsordnung für die Übertragung von Forderungen, Fahrnis- und Liegenschaftsrechten keine einheitlichen Erfordernisse aufstellt, vielmehr im ersten Falle die bloße Einigung genügen läßt [44]) (§ 398), dagegen bei beweglichen Sachen neben der Einigung auch noch deren Besitzverschaffung [45]) (§§ 929 ff.) und bei Liegenschaften Eintragung bezw. Übergabe des Hypothekenbriefes (§§ 873, 1154) verlangt. Gegenstand der Zuwendung kann endlich auch eine Forderung sein, die dem Zuwendenden gegen den Bedachten zusteht und dem letzteren erlassen werden soll. Auch hier bedarf es eines Vertrages, denn der einseitige Verzicht auf den Anspruch ist ohne Wirkung. Das ergibt sich einmal aus dem Wortlaut des § 397, der die Rechtsfolge des Erlöschens des Schuldverhältnisses ausdrücklich an den Abschluß eines darauf abzielenden Vertrages knüpft, außerdem aber auch dem allgemeinen Grundsatz des § 305, wonach im Gebiete des Rechts der Schuldverhältnisse das Ändern und damit auch das Aufheben von Schuldverhältnissen der Vertragsform bedarf [46]). Auf die Hypothek kann einseitig verzichtet werden; hier wäre also eine Zuwendung, Befreiung von einer Last, ohne Vertrag mit dem Bedachten möglich. Auch beim Pfandrecht (1255), Nießbrauch (1064) und wohl auch, in der entsprechenden Form, bei den anderen beschränkten dinglichen Rechten. Die Aufgabe des Eigentums (928, 959) kann wohl nie eine Zuwendung für einen anderen bedeuten. —

---

[42]) Ennecc. § 72; ebenso Sohm, S. 191, wonach die Veräußerlichkeit das Wesen des Vermögensrechts ausmacht.

[43]) Jung, S. 550.

[44]) Ebenso bei den sog. Immaterialgüterrechten, § 413 BGB; vgl. auch Schöny, S. 301.

[45]) Jung, § 231.

[46]) Vgl. zu der Frage i. Einzelnen Mugdan, Materialien II, S. 568; Klein, S. 19; Happek, Arch. BR 35, 411; Stammler, RdS S. 219;

Da die Mitwirkung des Gebers bei der Vollziehung der Zuwendung mit seinem Tode physisch unmöglich wird, die beabsichtigte Rechtsgestaltung in diesem Zeitpunkt aber noch nicht vollendet ist, muß sich der Zuwendende einer Mittelsperson bedienen, welche nach seinem Tode seinen Willen zur Geltung bringt und die Rechtsgestaltung vollendet.

I. Der Auftrag.

a). Die Zulässigkeit des mandatum post mortem.

Ein besonders häufig gewählter Weg ist der, daß der Zuwendende einen anderen beauftragt, nach seinem Tode dem Bedachten einen Gegenstand zu übereignen oder eine Schuld zu erlassen. Die Annahme dieses Auftrages von Seiten der Mittelsperson enthält unter Umständen nur eine reine Gefälligkeit und entzieht diese Vereinbarung insoweit rechtlicher Beurteilung [47]). In den meisten Fällen wird die Vereinbarung aber dahin auszulegen sein, daß die Parteien einen Vertrag schließen, Geschäftsführerpflichten [48]) für die Mittelsperson und Geschäftsherrenpflichten [48]) für den Zuwendenden begründen wollen, sei es in der Form des Auftrages gemäß § 662 BGB oder des von ihm wesentlich nur durch das Moment der Entgeltlichkeit verschiedenen [49]) Geschäftsbesorgungsvertrages gemäß § 675 BGB.

Beide Vertragsarten erscheinen zur Förderung des verfolgten Zweckes besonders geeignet, da sie im Zweifel nicht durch den Tod des Auftraggebers erlöschen, §§ 672, 675 BGB, und dessen Wille in unserem Falle immer ausdrücklich auf den Fortbestand nach seinem Tode gerichtet sein wird. Doch werden von Spielmanns [50] gegen die rechtliche Zulässigkeit eines derartigen Vertrages Bedenken geltend gemacht. Nach seiner Ansicht setzt die Anwendung des § 672 einen zu Lebzeiten des verstorbenen Auftraggebers wirksam bestehenden Auftragsvertrag voraus. Denn „fortwirken“ könne nur, was bestehe. Daran fehle es aber, weil ein solcher wirksamer Vertrag nicht zustandegekommen sei. Nach § 662 handele es sich um eine Geschäftsführung für den Auftraggeber, dessen rechtliche oder wirtschaftliche Interessen dabei notwendig berührt werden müßten. Beim sog. mandatum post mortem könne aber ein Geschäft des Auftraggebers schon deshalb nicht mehr vorliegen, weil seine Rechtsfähigkeit mit dem Tode erloschen sei. Es werde hier von

---

Walsmann, S. 42, 231; Planck, § 397, Anm. 1; RGRK, § 397; Jung, § 173.

[47]) Vgl. Ennecc., I, 2, § 251, 5.

[48]) Jung, S. 658.

[49]) Oertmann i. Bankarch. 13, S. 5.

[50]) i. Recht 1924, S. 401 f.

dem Beauftragten die Verpflichtung übernommen, die Geschäfte eines Dritten, nämlich des Erben zu besorgen. Das sei aber rechtlich unzulässig.

Demgegenüber will Oertmann[51]) den § 672 BGB sowohl auf den bereits zu Lebzeiten des Auftraggebers wirksamen Auftrag, als auch auf das von vornherein erst in der Person des Erben wirksam werdende mandatum post mortem anwenden, da der Wortlaut des Gesetzes beide Fälle umfasse. Der Auftrag für die Zeit nach dem Tode sei in Ermangelung eines gesetzlichen Verbotes, welches allein die rechtliche Durchführung des tatsächlich möglichen Inhaltes verhindern könne, zulässig, und damit wirksam.

Ob das Fehlen einer einschlägigen Verbotsnorm die von Oertmann vertretene Ansicht zu stützen vermag, wird unten im Kapitel „Umgehung" zu untersuchen sein. Der Meinung Spielmanns kann schon deshalb nicht beigetreten werden, weil sie offensichtlich auf einer zu engen Anlehnung an den Wortlaut des § 662 beruht. Der wirkliche Sinne dieser Bestimmung ist der, daß ein Auftrag nicht lediglich im Interesse des Beauftragten erteilt werden kann[52]). Es muß sich, wie auch Planck[53]) betont, um ein für den Beauftragten fremdes Geschäft handeln. So ist es für die Entstehung eines rechtswirksamen Auftragsverhältnisses gleichgültig, ob das Interesse des Auftraggebers oder das des Erben berührt wird[54]). Der Erbe ist ja auch gar kein „Dritter" in dem von Spielmanns gemeinten Gegensatze zum Auftraggeber, sondern nur die lebende Fortsetzung des Auftraggebers selbst, wenn man so sagen darf. Deshalb ist auch die Gefahr, die Spielmanns für den Erben in der Zulassung eines derartigen Vertrages offenbar erblickt, nur gering. Denn im Erbrecht des BGB gilt der Grundsatz der Universalsukzession: Der Erbe tritt in die gesamte vermögensrechtliche Stellung des Verstorbenen voll ein[56]) und hat über die Ausführung des Auftrages genau so zu befinden, als wenn er selbst den Vertrag geschlossen hätte. Er kann ihn infolgedessen auch jederzeit widerrufen (§ 671, Abs. 1 BGB), da der Beauftragte in keinem Falle ein selbständiges Recht auf Ausführung auch gegen den Willen des Erben erlangt[57]).

Fraglich erscheint nur, ob der Auftraggeber auf sein Widerrufsrecht nicht Verzicht leisten und dadurch auch dem Erben den Einfluß auf das Vertragsverhältnis nehmen könnte. Planck[58]) und ebenso Staudinger[58]) halten eine

---

[51]) aaO.,, S. 6.
[52]) Vgl. Staudinger, § 662, Anm. 2; Oertmann, aaO., S. 7.
[53]) § 662, 3 b.
[54]) Ebenso Jung, § 306, S. 1103.
[55]) So Seyfferth, S. 25.
[56]) RGRK, § 1922, A. 5; ebenso Rg.LZ. 1920, S. 698.
[57]) Ebbecke i. Recht 1916, Sp. 338.
[58]) zu § 671; desgl. Walsmann, S. 247.

Erklärung, durch welche auf den Widerruf des Auftrages verzichtet wird, nach § 138 BGB für nichtig, weil sie eine unzulässige Unterwerfung unter einen fremden Willen in sich schließe. Dieses Ergebnis kann zwar, wie Enneccerus [59]) nachweist, zu Härten führen; doch wird unbedingt daran festzuhalten sein. Denn der Auftragsvertrag soll vor allen Dingen die Interessen des Auftraggebers fördern. Sowohl aus der Person des Geschäftsführers als auch aus der Veränderung der äußeren Umstände kann sich aber für den Geschäftsherrn das dringende Bedürfnis ergeben, den Auftrag zu widerrufen [60]). Die Bindung an seinen Verzicht wäre um so unbilliger, als es sich um einen einseitigen Vertrag handelt, aus dem direkte Ansprüche nur für ihn erwachsen, und der Beauftragte bei Zulassung des Widerrufes materielle Nachteile regelmäßig nicht erleiden dürfte. — Nicht anders wäre es auch beim entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrage, da der Geschäftsführer auch hier nur ausnahmsweise [61]) ein Recht auf die Ausführung erwirbt. Sein Anspruch auf den vereinbarten Lohn bliebe natürlich bestehen [62]).

§ 5.

b). Die Rechtsstellung der Mittelsperson.

Auf Grund dieses Auftragsverhältnisses, oder auch ohne daß ein solches besteht (vgl. oben!), soll nun die Mittelsperson die unentgeltliche Zuwendung vollziehen. Hierbei kann sie den fest formulierten Willen des Auftraggebers übermitteln, Träger eines fremden Willens, reines Werkzeug sein, sie kann aber auch das Rechtsgeschäft mittels eigener Willensbildung, durch eigene Willensentschließung vornehmen. Wann sie Trägerin fremden, wann sie Erzeugerin eigenen, für den Geschäftsherrn wirksamen Willens ist, wird der Einzelfall ergeben. Für uns ergibt sich aus dieser Unterscheidung lediglich die Frage, ob die Rechtsordnung diesen beiden Fällen eine verschiedenartige rechtliche Behandlung zuteilwerden läßt.

Von mehreren Autoren wird ein Unterschied zwischen Bote und Stellvertreter überhaupt geleugnet. Hier ist zunächst Savigny [63]) zu nennen. Er unterscheidet den Boten, der als bewußtloses und willenloses Werkzeug keine andere Stellung einnimmt, als etwa ein Brief, von demjenigen Boten, der zwar immer noch willenlos, doch kein bewußtloses Werkzeug mehr ist, sondern in Kenntnis der Sachlage handelt. Dem Boten kann nach seiner Ansicht auch eine gewisse Freiheit der Wahl eingeräumt werden, z. B. einen Kauf-

[59]) § 383, Anm. 2.

[60]) v. Thur i. Festschr. f. Laband, S. 46, 47.

[61]) Ennecc., § 366, III, 4 u. das. Anm. 13, z. B. bei Schauspielern.

[62]) arg. § 615, S. 1; vgl. Schloßmann, Bd. II, S. 587/91, insbes. auch S. 593.

[63]) Obligationenrecht, II, S. 57 ff.

vertrag auf 90 oder 100 abzuschließen. Savigny kommt dann auf Grund einer Reihe von Beispielen zu der Feststellung, daß es gleichgültig sei, ob der Übermittelnde der anderen Partei einen einfachen Entschluß überbringe, oder einen von mehreren Entschlüssen nach seiner eigenen freien Wahl. Unter Hinweis auf den Gegensatz zwischen unmittelbarem und mittelbarem Stellvertreter [64]) bemerkt er dann, daß man unbedenklich den ersten als Nuntius, den zweiten als Prokurator bezeichnen könne. Damit spricht er klar und deutlich aus, daß der Stellvertreter bei der unmittelbaren Stellvertretung dem nuntius, dem Boten, gleichzustellen sei.

Auch Rosenberg [65]) bestreitet einen Unterschied zwischen dem Vertreter und dem Boten. Nach seiner Ansicht besteht das Wesen der Vertretung darin, daß der Vertreter den Tatbestand des Rechtsgeschäfts ganz oder teilweise setzt. Zu diesem Tatbestande gehöre unzweifelhaft auch die Erklärung des Willens gegenüber dem anderen Teile. Wenn der Bote die Erklärung des Vertretenen für diesen dem Gegner überbringe, so setze er einen Teil des Tatbestandes, sei somit Vertreter. Auch der Briefträger sei als Vertreter anzusehen, denn da die Erklärung erst mit ihrem Zugehen wirksam werde, so nehme derjenige, der den Zugang bewirke, eine juristische, zum Tatbestand gehörende Handlung vor. Dieselbe Ansicht vertritt auch Schloßmann [66]), der auf historischer Grundlage eine zum Teil abweichende Begründung gibt.

Mit Recht wendet Planck [67]) gegen Rosenbergs Ausführungen ein, daß es durchaus nicht dasselbe ist, ob man selbst eine Erklärung abgibt, oder die Erklärung eines anderen mitteilt, ob man den Erklärungsinhalt selbst will, oder ob man ihm gleichgültig gegenübersteht. Rosenbergs Ansicht ist aber auch mit den Bestimmungen des geltenden Rechts unvereinbar. Während die „durch die zur Übermittlung verwendete Person", den Boten, unrichtig wiedergegebene Willenserklärung gemäß §§ 120, 119 anfechtbar ist, unterliegen die Willenserklärungen des Vertreters den Bestimmungen des § 166. Wenn Rosenberg zur Überbrückung dieses gegen seine Ansicht sprechenden Momentes § 120 auch auf den Vertreter anwenden will, der seine genau bestimmte Vollmacht überschreitet [68]), so findet er dafür im Gesetz keine Stütze. Denn die „zur Übermittlung verwendete Person" des § 120 ist, wie sich aus der Zusammenstellung mit der „Anstalt" ergibt, lediglich Werkzeug des Erklärenden, Träger f r e m d e n Willens. Auch § 165 spricht gegen seine Ansicht, indem hier von dem Vertreter mindestens beschränkte Geschäftsfähigkeit

[64]) aaO., S. 61.
[65]) Stellvtrtg. i. ZP, S. 175.
[66]) Lehre v. d. Stellvtrtg., S. 304 ff.
[67]) Vorb. 4 vor § 164.
[68]) S. 292/93.

verlangt wird. Trotzdem will Rosenberg seiner Theorie zuliebe auch die von einem geschäfts u n fähigen Vertreter abgegebene Willenserklärung gelten lassen[69]), obwohl ihm die Bestimmungen der §§ 165, 105 BGB, die genau das Gegenteil vorschreiben, sicher nicht entgangen sind. — Daß dagegen die Geschäftsunfähigkeit des Boten ohne Bedeutung ist, weil er eben nur eine fremde Erklärung überbringt, erscheint unzweifelhaft[70]).

So stellt denn auch die große Mehrzahl der Autoren und ebenso die Rechtsprechung Boten und Stellvertreter in qualitativen Gegensatz[71]). Wie oben bereits hervorgehoben wurde, läßt das BGB ein anderes Ergebnis auch garnicht zu. Schon seine Entstehungsgeschichte beweist, daß man Boten und Stellvertreter als Gegensätze auffaßte[72]). „Unter Vertretung wird in dem Entwurfe Vertretung im Willen verstanden. Wirkt jemand bei dem Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts nur insofern mit, als er die Willenserklärung des einen Teils dem anderen übermittelt, so ist er . . . . Bote“[73]). Das Wort „Bote“ kommt zwar im Gesetz an keiner Stelle vor, doch ist unter der „zur Übermittlung verwandten Person“ in § 120 der „erklärende“, besser „erklärungstragende“[74]) Bote gemeint.

§ 6.

1. Der Bote; inwieweit ist § 130 BGB auf ihn anwendbar?

aa). Die durch ihn übermittelte WE ist immer eine solche unter „Abwesenden“ und mit seiner Entsendung „abgegeben“.

In unserem Falle überbringt der Bote die Willenserklärung (WE) eines Verstorbenen; daraus ergibt sich die Frage, ob diese WE noch Rechtswirkungen zeitigen kann.

§ 130 BGB, welcher von WE handelt, die einem Awesenden gegenüber anzugeben sind, bestimmt in Abs. II, daß es auf die Wirksamkeit dieser WE ohne Einfluß ist, wenn der Erklärende nach deren Abgabe stirbt. Dieser Grundsatz findet seine Ergänzung[75]) in § 153, wonach das Zustandekommen des Vertrages nicht dadurch gehindert wird, daß der Antragende vor der Annahme seines Antrages stirbt, m. a. W.: die wirksam gewordene Offerte, einerlei, ob bei Lebzeiten noch zugegangen oder nicht (§ 130, II,) kann i. Zw. nach dem Tode des Antragstellers, also gegenüber dessen Erben, angenom-

---

[69]) aaO.

[70]) Jung, S. 659; Ennecc., § 166, I, a.

[71]) Jung, aaO.;Ennecc., Planck, Staudinger, sämtl. aaO.; RGRK, § 130, Anm. 2; RG 42 135; 58, 347.

[72]) Motive I, S. 203; Prot. I, S. 291.

[73]) Motive, S. 223.

[74]) Aßmann, § 24.

[75]) Oertmann, Kom. § 153, Anm. 2.

men werden. Wann ist nun aber eine WE „abgegeben", und wann ist ein Rechtsgeschäft ein solches, das sich unter „Abwesenden" vollzieht? Im Sprachgebrauch des täglichen Lebens werden die Begriffe „anwesend" und „abwesend" nach dem Gesichtspunkt der räumlichen Entfernung der Beteiligten voeinander angewandt. Abwesend von einander sind zwei Personen dann, wenn infolge der Entfernung eine unmittelbare Verständigung zwischen ihnen nicht möglich ist[76]).

Über die rechtliche Bedeutung der Unterscheidung gehen die Ansichten auseinander. Wie Breit[77]) unter Hinweis auf die römischen Quellen feststellt, ist ursprünglich entscheidend die Möglichkeit, das gesprochene Wort des Anderen zu hören. Abwesend sei, wer infolge der räumlichen Entfernung die gesprochene Erklärung nicht vernehmen könne; dagegen sei es nicht zweckmäßig, auch schriftliche Erklärungen nach diesem Gesichtspunkt der räumlichen Entfernung des Absenders vom Empfänger zu unterscheiden, da nichts vorhanden sei, was „gehört" werden könne. Andererseits dürfe sich für den Eintritt der Wirksamkeit einer schriftlichen WE kein Unterschied daraus ergeben, ob der Brief durch die Post oder persönlich durch den Schreiber ausgehändigt werde[78]); er bleibe eine Erklärung unter „Abwesenden"[79]). Dagegen werde in § 147 BGB die telephonische WE als solche unter „Anwesenden" behandelt, eben weil die Parteien sich gegenseitig „hören" könnten.

Ob das der wahre Grund ist, und ob dieser nicht etwas tiefer liegt, wird noch zu prüfen sein. Breit und Planck[80]) schließen daraus, daß nicht „Anwesenheit" und „Abwesenheit", sondern „Mündlichkeit" und „Schriftlichkeit", d. h. die Erklärungs m i t t e l als die rechtlich bedeutsamen Unterscheidungsmerkmale zu werten seien. Der Inhalt der WE werde entweder in seiner Verkörperung, z. B. einem Schriftstück, oder als Gedanke übermittelt. Im Falle schriftlicher Übermittlung habe der Bote eine vollendete, abgeschlossene Erklärung seines Herrn zu überbringen. Bei der mündlichen Erklärung dagegen werde „keine in eine feste Form kristallisierte Erklärung, sondern der reine Gedankeninhalt"[81]) überbracht. Ein wichtiger Unterschied zeige sich in der Dauer der Wahrnehmbarkeit. Die Worte verhallten; wenn der Empfänger sie nicht gehört habe, so könnten sie überhaupt nicht mehr von ihm wahrgenommen werden[82]). Die schriftliche Erklärung dagegen sei unbegrenzt wahrnehmbar, solange das Schriftstück existiere. —

---

76) Breit, S. 646.
77) aaO.
78) Breit, S. 648.
79) Ebenso Oertmann, aaO.
80) § 130, Anm. 4.
81) Falkmann, S. 28.
82) Vgl. Hachenburg, S. 464.

Wird die mündliche Erklärung durch einen Boten überbracht, so erhebt sich in Anbetracht ihrer beschränkten Wahrnehmbarkeit die Frage, ob die Abgabe der Erklärung erst durch seine Tätigkeit vollendet wird, oder ob er eine fertige Erklärung übermittelt, ob also das „Zugehen“ zum Begriff der WE, oder nur zu ihrer Wirksamkeit gehört [83]). Im ersten Falle ist es eine solche unter Anwesenden, im zweiten Falle ist es eine solche unter Abwesenden.

Falkmann [84]) geht bei der Beantwortung dieser Frage davon aus, daß die mündliche WE wegen ihrer Vergänglichkeit für den Zugang ungeeignet sei. Da die Möglichkeit nachträglicher Kenntnisnahme nicht bestehe, sei ein wirkliches Vernehmen der Mitteilung erforderlich, und dieses falle mit ihrer Abgabe zusammen. Als einheitlicher Akt lasse sie sich nicht nach den Gesichtspunkten „Vollendung“ und „Wirksamkeit“ zerlegen. Nur im Augenblick ihrer Vollendung könne sie wirksam werden, und nur im Augenblick ihrer Obgabe gegenüber dem Adressaten sei sie vollendet. Wenn der Bote seine Worte wiederhole, etwa, weil der Empfänger die erste Erklärung nicht verstanden habe, so gebe er damit eine neue Erklärung ab. Mündliche Mitteilungen durch Boten seien also als Erklärungen unter Anwesenden zu behandeln, schriftliche Erklärungen dagegen als solche unter Abwesenden [85]).

Oertmann hält die Unterscheidung nach den Gesichtspunkten „anwesend“ und „abwesend“ für bedeutengslos, auch die Abstellung auf die Erklärungsmittel (mündlich : schriftlich) für zu eng insofern, als die Verkörperung der WE ja noch auf anderem Wege, als in der Schriftform, in Erscheinung treten könne, z. B. bei der sogen. Realofferte [87]). Man unterscheide also zweckmäßig zwischen verkörperter und nicht verkörperter Erklärung. Auf die letzteren sei § 130 BGB schon deshalb nicht anwendbar, weil bei diesen ein vom „Vernehmen“ verschiedenes „Zugehen“ undenkbar sei [88]). Denn zugehen könne nicht die Erklärung als Akt, sondern nur die hier fehlende „mit Dauerexistenz versehene sinnliche Verkörperung“ [89]).

Im Übrigen vertritt Oertmann in Anm. 2 zu § 130 ohne Einschränkung den Standpunkt, daß die WE schon mit der Abgabe bestehe, und der Empfang nicht Errichtungs- sondern Wirksamkeitserfordernis, zur Erklärung hinzukommendes weiteres Tatbestandsmoment sei [90]). Dagegen macht er in Vorb.

---

[83]) Oertmann, Kom. § 130, Anm. 4 und die daselbst Genannten.
[84]) S. 28 ff.
[85]) Ebenso Fleck, i. Arch.f.BR, Bd. 15, S. 411; Planck, § 130, A. 1.
[86]) Kom. BGB, § 130, Anm. 4 b.
[87]) aaO., Anm. 4 a.
[88]) So auch Jung, § 59.
[89]) aaO., und Recht 1906, Sp. 726.
[90]) Ebenso auch Endemann, § 66, Z. 2; Planck, § 130, A. 7.

7 vor § 164 einen Unterschied: Bei der verkörperten Erklärung überbringe der Bote eine vollendete Erklärung, bei der unverkörperten bringe er sie erst durch seine Tätigkeit zur Vollendung. In Anm. 2 b zu § 120 endlich, der nach seiner Ansicht diejenigen Erklärungen betrifft, bei denen dem Empfänger nicht die vom Urheber abgegebene Originalerklärung, sondern „eine durch irgendein vermittelndes Organ vollzogene Reproduktion“ [91]) derselben zugeht, betrachtet er die Übermittlung als Bestandteil der Erklärung des Urhebers, denn die Erklärung werde erst in der ihr durch die Vermittlungsanstalt vollzogenen Formulierung bedeutsam. —

Diese Ausführungen Oertmanns sind in mehreren Punkten widerspruchsvoll. Denn während er die Trennung nach den Gesichtspunkten „Vollendung“ und „Wirksamkeit“ in § 164 nur für die unverkörperte Erklärung verwirft, läßt er diese Unterscheidung in § 120 auch für die — wenn auch nur als Reproduktion — verkörperte WE fallen. Nach den Ausführungen zu § 120 könnte man nun erwarten, daß er in dem Zugehen der vom Urheber geschaffenen Originalverkörperung einerseits, und einer von dem vermittelnden Organ geschaffenen Reproduktion andererseits die entscheidenden Gegensätze erblickte. Dagegen spricht aber wieder die Stellungnahme bei § 164 und § 130 [92]), denn er lehnt die Anwendung des § 130 auf nicht verkörperte Erklärungen deshalb ab, weil hier ein vom „Vernehmen“ verschiedenes „Zugehen“ logisch undenkbar sei. Er stützt seine Entscheidung hier also nicht auf die mangelnde Vollendung der WE, sondern darauf, daß das gesetzliche Erfordernis des „Zugehens“ nicht erfüllt werden könne, weil ein sofortiges „Vernehmen“ eintrete. Andererseits fehlt hier wieder die Unterscheidung zwischen „Originalverkörperung“ und „Reproduktionsverkörperung“. So sind seine Ausführungen wenig überzeugend.

Die auf die Erscheinungsform der WE abstellenden Autoren gehen dabei insofern von unrichtigen Voraussetzungen aus, als sie — vor allem Falkmann — den Begriff der „Abgabe“ der WE zu weit, und die Begriffe „Zugehen“ und „Vernehmen“ als sich ausschließende Gegensätze auffassen (besonders Oertmann). Es ist zunächst Oertmann zuzustimmen, wenn er bei § 130 im Gegensatz zu verschiedenen anderen Autoren [93]) das „Zugehen“ der Erklärung nicht als Merkmal ihrer Vollendung, sondern nur als Voraussetzung für ihre Wirksamkeit ansieht. Der Empfang ist nicht „Errichtungs“-, sondern nur „Wirksamkeitserfordernis“ [94]). Jede andere Konstruktion würde sich in unvereinbaren Gegensatz zu § 130, Abs. II befinden, der der WE auch

---

[91]) A. 3 zu § 120.
[92]) Anm. 4 a.
[93]) Vgl. f. alle Oertmann, Anm. 2 zu § 130.
[94]) aaO.; ebenso auch RG 61, 415; 65, 272 ff.

schon vor dem Empfang selbständigen Bestand[95]) einräumt. Ihre „Abgabe" ist allerdings, worauf Enneccerus[96]) mit Recht hinweist, nicht schon dann vollendet, wenn sie zum Zwecke der Absendung geäußert wurde, sondern erst dann, wenn sich der Absender ihrer in der Art entäußert hat, daß man ihr Zugehen an den Empfänger mit Sicherheit erwarten kann. Mit dieser Entäußerung zum Zwecke der Übermittlung an den Empfänger ist die persönliche Tätigkeit des Erklärenden vollendet[97]), und damit auch die Selbständigkeit der Erklärung gerechtfertigt, weil das Gesetz nur insoweit Geschäftsfähigkeit und Leben erforder (§ 130, Abs. II). Dieses wesentliche Merkmal des Vollendetseins der persönlichen Tätigkeit des Erklärenden ist bei der durch Boten übersandten verkörperten, und ebenso bei der nicht verkörperten WE in gleicher Weise gegeben, und es erscheint daher widersinnig, für die Vollendung der „Abgabe" einmal die „Entäußerung", ein andermal aber den „Empfang" entscheidend sein zu lassen.

So mißt denn auch das RG in seiner sehr ausführlichen Entscheidung in Band 60[98]) der mündlichen Erklärung, welche in Abwesenheit des Erklärungsgegners in dessen Wohnung an eine dort anwesende Person abgegeben wurde, grundsätzlich dieselbe Tragweite zu, wie einer unter denselben Umständen ausgehändigten verkörperten Erklärung[99]).

Diese Ansicht dürfte auch Manigk[100]) teilen, der die von Titze[101]) für den Begriff des „Zugehens" aufgestellte Definition des Besitzerwerbes unter anderem auch deshalb ablehnt, weil Wahrnehmung und Wahrnehmbarkeit an sich nichts mit Besitz zu tun habe, und Worte (d. h. unverkörperte Erklärungen) zugehen könnten, ohne in den Besitz des Gegners zu kommen, andererseits auch in seinem Besitz sein könnten, ohne ihm zugegangen zu sein. Ebenso ergibt sich aus seinen Ausführungen zur konkludenten WE, daß er alle WE grundsätzlich gleich behandeln will. — Besitz ist allerdings m. E. nur an körperlichen Gegenständen, nicht aber bei unverkörperten Erklärungen denkbar. —

Was nun den Begriff des „Zugehens" anlangt, so ist seine nähere Bestimmung in Anbetracht der durch die Mannigfaltigkeit des täglichen Lebens gebotenen zahllosen Verschiedenheiten[102]) nur generell möglich. Zugegangen ist

---

95) Ebenso Endemann aaO.; Planck aaO.; Ennecc., § 150.
96) AaO; Manigk, § 66.
97) Ennecc.., aaO.
98) S. 335 ff.
99) Die dortigen Ausführungen über die Fragen des „Zugehens" sind weiter unten zu besprechen.
100) S. 311.
101) Iher. Jahrb. 47, 379 ff.
102) Vgl. Oertmann, § 130, Anm. 3 c; Ennecc. § 149.

die Erklärung, sobald „der Empfänger bei normaler Gestaltung seiner Verhältnisse die Kenntnis des Erklärungsinhaltes sich verschaffen kann, und die Kenntnisnahme nach den Gepflogenheiten des Verkehrs von ihm erwartet werden muß"[103]), sobald also alle außerhalb der Person des Empfängers, bezw. seiner Machtsphäre liegenden Hindernisse[104]) für die Kenntnisnahme beseitigt sind. Diese Definition ist aber auf jede WE ohne Unterschied anwendbar, denn sie ist kein starrer Maßstab, sondern bezeichnet lediglich einen weiteren Rahmen, innerhalb dessen für die Verkehrsauffassung freier Spielraum bleibt[105]), sodaß eine eingehende Berücksichtigung der Sachlage des Einzelfalles[106]) ermöglicht wird.

Daß ein Brief, wenn er in den Briefkasten des Adressaten gelangte, daß eine Realofferte, wenn sie in der Wohnung des Empfängers an dessen Dienstboten ausgehändigt wurde, „zugegangen" sind, ist wohl in Rechtslehre und Rechtsprechung[107]) unstreitig. Die oben vertretene Ansicht, daß dieser Begriff des „Zugehens" auch für die mündliche WE Anwendung finden müsse[108]), findet in der bereits erwähnten Entscheidung des RG[109]) ihre Bestätigung, zumal hier sogar eine doppelte Übertragung einer mündlichen Erklärung stattfindet, indem der Absender einen Bekannten mit der Bestellung betraut, und dieser sie an die Ehefrau des Empfängers ausrichtet. Das RG weist ausdrücklich auf die dabei bestehende Gefahr einer unrichtigen Übermittlung hin, folgert aber daraus im Gegensatz zu Jung[110]) und Oertmann[111]) nur, daß hier an die Mittelsperson höhere Anforderungen gestellt werden müßten. Es müsse hier vorausgesetzt werden, daß sie zur Wiedergabe der Erklärung geeignet sei, die dazu erforderlichen geistigen Fähigkeiten besitze. Sei die Zuverlässigkeit des Erklärungsmittlers gegeben, dann bestehe bezüglich der Frage, wann die Erklärung zugegangen sei, kein Grund für eine andere Behandlung, als bei der schriftlichen Erklärung.

Wir sehen hier also eine folgerichtige, der Eigenart der mündlichen Erklärung entsprechende Anwendung des oben wiedergegebenen allgemeinen Grundsatzes. „Zugehen" und „Vernehmen" müssen keineswegs notwendig zusammenfallen, auch bei der mündlichen Erklärung ist ein dem „Vernehmen" zeitlich vorausgehendes „Zugehen" möglich.

---

103) Ennecc. § 149, II, 1.
104) Oertmann, aaO.
105) Manigk, S. 394.
106) Vgl. RG 60, 336.
107) Vgl. RG 50, 191; 56, 262; 58, 406; 60, 336.
108) Ebenso wohl auch RGRK, § 130, Anm. 4 a.
109) Bd. 60, 335 ff.
110) § 59.
111) § 130, A. 4 a.

Bei Anwendung dieses Begriffes des „Zugehens" wird man allerdings unter Umständen ein tatsächliches Vernehmen durch den Adressaten verlangen müssen, da die Wahrscheinlichkeit der fehlerfreien Information so gering sein kann, daß man an einer anderen „Möglichkeit der Kenntnisnahme" zweifeln muß. „Zugehen" und „Vernehmen" der WE fallen dann also tatsächlich zusammen. Damit ist aber doch noch nicht gesagt, daß der Begriff des „Zugehens" in diesem Falle durch den des „Vernehmens" konsumiert oder begriffsnotwendig ausgeschlossen und unanwendbar wird. Das müßte Oertmann zunächst einmal beweisen! Uns scheint es so, daß die beiden Begriffe sich wie zwei einander berührende Kreise verhalten: Sie haben einen Punkt gemeinsam, dadurch wird aber keiner von ihnen in seiner Existenz und Anwendbarkeit berührt!

Tatsächlich würden, wenn man die Zugangsfähigkeit der mündlichen WE grundsätzlich verneinen wollte, unlösbare Schwierigkeiten entstehen. Wie sollte man entscheiden, wenn der Bote die mündliche Erklärung dem tauben Empfänger aufschreiben, oder die schriftliche Erklärung dem blinden oder der Entzifferung von Handschriften ungewohnten Adressaten vorlesen muß? Oder handelt es sich dann, wie Oertmann[112]) behauptet, garnicht mehr um eine Erklärung des Absenders, sondern um eine von diesem garnicht abgegebene Erklärung? Darin dürfte doch wohl eine durch nichts gerechtfertigte Identifizierung von Erklärung und Erklärungsmittel liegen!

Auch ist es m. E. in Anbetracht des Wortlautes des § 130, welcher sich ausdrücklich des räumlichen Begriffes der Abwesenheit bedient, höchst bedenklich, diese Gesetzesvorschrift auf den in gewisser Weise gegensätzlichen Begriff der Erscheinungsform der WE umzudeuten, denn abgesehen von der oben dargelegten Unzweckmäßigkeit dieser Unterscheidung ist mit Sicherheit anzunehmen, daß die Verfasser des GBG, wenn ihnen dieser Gesichtspunkt entscheidend gewesen wäre, an Stelle des in einer ganz anderen Sphäre liegenden Ausdruckes „Abwesenheit" auch eine hierauf abzielende Formulierung gefunden und angewandt hätten.

Dabei läßt § 147 Abs. I, S. 2 BGB auf eine klare, nicht von Zufälligkeiten abhängige Einstellung des Gesetzes schließen. Wenn die durch Fernsprecher verhandelnden Parteien ausdrücklich als anwesend behandelt werden, so darf man daraus folgern, daß das Gesetz im allgemeinen doch vom Sprachgebrauch des täglichen Lebens ausgehen und die räumliche Entfernung maßgebend sein lassen will. Allerdings soll die Unterscheidung nicht nach den ursprünglichen engen Begriffen „anwesend" und „abwesend" als solchen, sondern in ihrer tieferen Bedeutung für die Verständigungsmöglichkeiten erfolgen. Ein Rechtsgeschäft unter Anwesenden liegt demnach vor, wenn die Par-

---

[112]) In Auflage 1908 zu § 130, Anm. 3.

teien sich in Rede und Gegenrede verständigen können, sodaß sofortiger gegenseitiger Austausch rechtlich und tatsächlich möglich ist[113]), ohne daß es noch einer weiteren, durch menschliche Willenstätigkeit bewirkten Vermittlung, also eines der Abgabe nachfolgenden Vorganges[114]) bedarf. Das ist der Fall, wenn sich die Parteien persönlich gegenüberstehen, aber auch dann, wenn sie sich des Fernsprechers bedienen.

Erklärungen durch Boten sind also immer solche unter Abwesenden, denn ein unmittelbarer Austausch der WE in diesem Sinne tritt nicht ein. § 130 BGB muß deshalb auf verkörperte und unverkörperte WE in gleicher Weise Anwendung finden.

§ 7.

bb). § 130 Abs. II gilt auch für die dingliche Einigungserklärung.

Der Bote hat in unserem Falle zwei Aufgaben zu erfüllen: er soll einen Schenkungsantrag (vgl. § 516, Abs. I) übermitteln, daneben aber gleichzeitig auch den dinglichen Vertrag, die Vollziehung der Schenkung, bewirken. Ob nun die Bestimmung des § 130, II BGB auch auf die dingliche Offerte Anwendung finden kann, ist sehr umstritten. Zwar kann § 130 BGB nach seiner Stellung im „Allgemeinen Teil" gleichmäßige Geltung für alle Rechtsgeschäfte beanspruchen. Doch gilt dies natürlich nur insoweit, als nicht zwingende Grundsätze des Sachenrechtes entgegenstehen[115]). Für die Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache verlangt § 929, S. 1 BGB, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt, und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Neben der körperlichen Übergabe bedarf es also der auf die Bewirkung dieser Rechtsänderung gerichteten, äußerlich erkennbaren Willensübereinstimmung des Verfügenden und des Erwerbers.

Das RG hat hierzu in seiner bekannten Entscheidung im 83. Bande Stellung genommen, wo eine vom verstorbenen Erblasser beauftragte, in dem Urteil als Bote betrachtete Mittelsperson nach dessen Tode dem Bedachten schenkweise einen Packen Wertpapiere überbracht hatte, ohne daß die Erbin von diesem Auftrag und von der Existenz der Wertpapiere irgendwelche Kenntnis besaß. In der Entscheidung[116]) wird ausgeführt, daß der auf Übertragung des Besitzes und Eigentumes gerichtete Wille notwendig zur Zeit der Übergabe vorhanden sein müsse. Es sei denkbar, daß dieser Wille aus einer früheren Erklärung gefolgert werde, die der Eigentümer selbst, oder auch sein Erblasser abgegeben habe. Derartige Fälle, bei denen der noch

[113]) So auch Rehbein, I, S. 212.
[114]) Hölder, Kom. § 130, Anm. 2.
[115]) RGRK, § 873, Anm. 7; vgl. auch Warn. Kom. § 130, Anm. IV.
[116]) S. 223 ff., insbes. S. 229.

zur Zeit der Übergabe fortbestehende Wille des Eigentümers, Besitz und Eigentum zu übertragen, durch eine frühere Erklärung angezeigt werde, seien häufig. Wenn jedoch im Einzelfalle feststehe, daß der Eigentümer im Augenblick der Übergabe diese dingliche Rechtsänderung nicht wolle, so könne eine frühere, daraufhinzielende Erklärung den bei der Übergabe fehlenden, nach § 929 erforderlichen Willen nicht ersetzen. Das müsse auch dann gelten, wenn die frühere Erklärung von dem Erblasser der Person, die zur Zeit der Übergabe Eigentümer ist, herrühre und nach § 130 BGB erst im Zeitpunkt der Übergabe wirksam werde. Der Folgerung, daß jene frühere Erklärung die Rechtswirkung der Übereignung nach sich ziehe, stehe die Tatsache im Wege, daß es zur Zeit der Übergabe an dem nach § 929 BGB erforderlichen Willen des Eigentümers mangele.

In einem anderen Urteil [117] ist die Vollziehung der Schenkung ebenfalls mit der Begründung verneint worden, daß sie nicht dem Willen des Erben entsprochen habe, dem von der Übergabe des zugewendeten Gegenstandes nichts bekannt gewesen sei. Dieselbe Anschauung kommt auch noch in einer Entscheidung des KG, und zwar in verstärktem Maße, zum Ausdruck [118], wonach die in grundbuchmäßiger Form erteilte Erklärung der Abtretung einer Hypothek im Falle des Todes des Abtretenden nur dann wirksam erklärt ist, wenn sie bei dessen Lebzeiten dem neuen Gläubiger zuging. Hier wird also die Anwendbarkeit des § 130, II sogar ohne Rücksicht auf die Willensrichtung der Erben verneint. Leider fehlt es an einer näheren Begründung [119].

Dem Standpunkt des RG haben sich auch Planck [120] und Staudinger [121] angeschlossen. Nach ihrer Ansicht kommt es zur Vollendung des dinglichen Vertrages nur dann, „wenn die Übergabe der Sache ganz noch getragen ist von einem Entschluß, der dem im Voraus erklärten Willen entspricht“ [122].

Diesem Ergebnis kann jedoch nicht zugestimmt werden. Zwar ist es unzweifelhaft, und wohl auch nur von Endemann [123] bestritten, daß die der Übergabe vorausgehende Einigung im Gegensatz zum schuldrechtlichen Vertrag allein keinerlei Rechtswirkungen zu erzeugen vermag [124], daß sie zu nichts

---

[117]) v. 10. XI. 1923, VII. Sen. in JW. 1924, Nr. 169.
[118]) KGJ, Bd. 44, S. 174, 179.
[119]) Unentschieden Zitelmann in Iher. Jahrb. 70, S. 11.
[120]) § 929, Anm. 3 b.
[121]) § 929, IV,1, b.
[122]) Planck, aaO.
[123]) § 21, 3.
[124]) Vgl. Staudinger aaO.; Planck aaO.; RGRK, § 873, Anm. 7; Stöver, Arch. BR 26, 170 ff.; Eccius b. Gruchot, Bd. 45, S. 455; 47; 52/53; in DJZ 02, S. 61; Zitelmann aaO.

verpflichtet, niemanden bindet, von beiden Teilen frei widerrufen werden kann [125]), und daß sie selbst im Falle des § 873 Abs. II erst zusammen mit der Eintragung rechtliche Bedeutung erlangt [125]), ohne letztere aber nur den Widerruf ausschließt [126]).

Aber gerade das RG verwechselt in seinen Entscheidungen den negativen Zustand des Nichtwollens, Nichtwollenkönnens, welcher sich in diesem Falle aus der Unkenntnis des Erben ergibt, mit dem positiven Akt des Nichtwollens, wie er z. B. im Widerruf zum Ausdruck kommt. Mit Recht weist Jung [127]) darauf hin, daß man dem erkennbaren Nichtfortbestehen des ursprünglichen Willens niemals dieselbe Bedeutung beimessen darf, wie einer gegenteiligen Willenserklärung. Denn der Widerruf geht über das Erlöschen des früheren Willens hinaus, er besteht in der Betätigung eines entgegengesetzten Willens. Aus § 130, Abs. I, S. 2 ergibt sich aber mit Notwendigkeit die Folgerung, daß der Absender einer WE diese gegen sich gelten lassen muß, solange er sich nicht zur Betätigung eines derselben entgegengesetzten Willens, d. h. zu einem rechtzeitigen Widerruf entschließt; die einmal abgesandte Erklärung bleibt demnach wirksam, bis sie widerrufen wird.

Das muß sowohl für die obligatorische, auf Begründung der causa gerichtete, als auch für die auf die dingliche Rechtsänderung gerichtete Erklärung gelten, denn beide sind auf die Hervorbringung von Rechtsfolgen gerichtet, sind WE im Sinne des Gesetzes, und ihr Unterschied besteht lediglich darin, daß die eine auf Erzeugung eines schuldrechtlichen Verhältnisses, die andere unmittelbar auf Begründung eines dinglichen Rechtes abzielt [128]). Eine verschiedenartige Behandlung würde zu erheblichen Zwiespältigkeiten führen und recht fragwürdige Ergebnisse zeitigen. Z. B.: Ein Kunstliebhaber übersendet mir einen Kunstgegenstand zum Kauf, und ich nehme sein Angebot an; später stellt sich heraus, daß er starb, ehe mir seine Offerte zuging. Seine Erben sind nicht mit dem Verkaufe einverstanden. Dann wäre also, wenn man der Ansicht des RG folgt, zwar ein gültiger obligatorischer Vertrag, aber kein Eigentumsübergang zustandegekommen. Andererseits hätte ich aus dem Kaufvertrag gegen die Erben einen von diesen nicht antastbaren Anspruch auf Übereignung!

In der fraglichen Entscheidung des RG (Bd. 83) liegt die Sache ja nun insofern etwas anders, als hier ein gültiges Kausalverhältnis infolge des Schenkungscharakters der Zuwendung gemäß § 518, Abs. II BGB erst „durch die Bewirkung der Leistung", d. h. durch die Vornahme des dinglichen Übereignungsgeschäftes begründet werden konnte. Wenn das Urteil aber

---

[125]) Eccius b. Gruchot 47, 53.
[126]) Wolff, Sachenrecht, § 38, IV.
[127]) „Das privatrechtliche Wesen des Geldes", S. 64.
[128]) Vgl. RGRK, § 873, Anm. 7.

ausführt, daß die nicht erfolgte Übereignung „der Klägerin nicht zum Siege verhelfen würde, wenn der Beklagte eine schuldrechtliche Verpflichtung der Klägerin zur Übereignung der Wertpapiere nachzuweisen vermöchte“ [129]), so zeigt dies einmal, daß sich die Richter der aus ihrer Einstellung folgenden Zwiespältigkeit bewußt waren, läßt aber andererseits auch den Schluß zu, daß man sich bei der Beurteilung der Wirksamkeit des dinglichen Geschäftes von dem Wesen des vorliegenden Kausalverhältnisses beeinflussen ließ [130]). Darin liegt aber, worauf auch Jung [131]) hinweist, eine Verkennung des dinglichen Vertrages und seiner Unabhängigkeit vom Kausalgeschäft. —

Wie ist nun aber die Rechtslage, wenn eine Forderung erlassen oder abgetreten werden soll, wenn also das sonst zu der Einigung hinzutretende Moment der Übergabe bezw. Eintragung fehlt, und die dingliche Rechtsgestaltung durch die bloße Willenseinigung bewirkt wird?

Daß sowohl die Zession, als auch der Erlaßvertrag in ihrer Wirkung von dem sie etwa veranlassenden Grundgeschäft unabhängig, d. h. abstrakt sind, und daß sie zu den dinglichen Verträgen gehören, ist unbestritten [132]). Trotzdem sind schon mit Rücksicht auf ihre Stellung im Gesetz, ihre Einordnung in das Recht der Schuldverhältnisse, Zweifel darüber möglich, ob die sachenrechtlichen Grundsätze in jeder Richtung auf sie Anwendung zu finden haben. Das gilt insbesondere von der Einigung des Sachenrechts, wie sie das RG und in Anlehnung an dasselbe einzelne Kommentare erfordern [133]). Ist auch hier ein „Einigsein“ notwendig, muß auch hier die Offerte im Augenblick ihrer Annahme noch ganz „getragen“ sein von dem Willen des Verfügenden und mit dessen innerer Willensänderung bezw. im Erbfalle dessen Nichtwissen erlöschen?

In folgerichtiger Durchführung seiner Ansicht würde das RG diese Frage vielleicht bejahen. Eine Entscheidung darüber ist m. W. bisher nicht ergangen.

Für ein Abweichen von diesen streng sachenrechtlichen Anforderungen sprechen aber noch besonders zwei Momente: Einmal die Tatsache, daß beide Geschäfte auf den bloßen WE der Parteien beruhen und somit ihrer Struktur nach den obligatorischen Geschäften nahestehen. Dann aber auch, daß Gegenstand dieses dinglichen Vertrages — wenn man von den sog. Im-

---

[129]) aaO., S. 229.

[130]) Jung, aaO.

[131]) aaO. S. 64.

[132]) Vgl. Ennecc. I, 2, § 297, I; § 302, I; RGRK § 397, Anm. 1, § 398, A. 2; Crome, System, RdS (Aufl. 1902) S. 310; Staud. aaO.; Soergel, Kom. BGB, § 397, Anm. 2; § 398, IV,1; RG 53, 294; 80, 138.

[133]) Vgl. Anm. 132.

[134]) Vgl. Regelsberger, S. 99 ff.; Ennecc., § 150.

materialgüterrechten absieht — kein dingliches, absolutes Recht, sondern lediglich ein relatives, ein Forderungsrecht bildet, ein Recht, dessen Entstehung und weiteres Schicksal nach den Normen des Schuldrechts zu beurteilen ist.

So dürfte es gerade hier erst recht unbedenklich sein, bei Anwendung des § 130, Abs. II die Einigungserklärung der schuldrechtlichen WE gleichzustellen.

Für die grundsätzliche Anwendbarkeit des Abs. II des § 130 auf den dinglichen Vertrag spricht schließlich auch noch seine Entstehungsgeschichte: Dem gemeinen Recht war eine Vorschrift dieses Inhaltes nicht bekannt [134]). Die WE wurde hier von dem Willen des Erklärenden getragen und erlosch infolgedessen, wenn der Erklärende vor ihrem Zugehen geschäftsunfähig wurde oder starb. Daraus ergab sich eine Rechtsunsicherheit, die den Verkehr erheblich störte [135]). Um diese zu beseitigen [136]), wurde der Abs. II des § 130 geschaffen. Er soll den Adressaten davor bewahren, daß er durch außerhalb jeder möglichen Berechnung liegende, zufällig eintretende Ereignisse Vermögensschaden erleidet und Rechtsstreitigkeiten ausgesetzt wird. Dies Ziel kann aber, wie unser Beispiel zeigt, nur dann voll erreicht werden, wenn er grundsätzlich auf alle Rechtsgeschäfte Anwendung findet. Wohin sollte es führen, wenn der Erwerber zu seiner Sicherheit in jedem Falle nachforschen müßte, ob der Veräußerer zur Zeit der Annahme der Offerte auch noch geschäftsfähig und am Leben war?

So ist es denn zu begrüßen, daß wenigstens der RGRK [137]) die Anwendbarkeit des § 130, II auf den dinglichen Vertrag mit aller Deutlichkeit bejaht und die Eintragung einer Rechtsänderung, z. B. die Belastung eines Grundstückes mit einer Hypothek, trotz des Todes des ihre Eintragung bewilligenden Eigentümers vorgenommen und damit rechtswirksam vollzogen wissen will. Dabei hebt er ausdrücklich hervor, daß den Erben des Verstorbenen eine Widerrufsbefugnis zustehe, falls die Einigung nicht in der zur Bindung nach § 873, Abs. II BGB erforderlichen Form abgeschlossen sei, und gibt so zu erkennen, daß die von ihm angenommene, über den Tod des Erklärenden hinaus fortdauernde Wirksamkeit der Erklärung keineswegs etwa auf ihrer gemäß § 873, II BGB bewirkten Unwiderruflichkeit, sondern lediglich auf der Bestimmung des § 130, II beruht.

---

[135]) Regelsberger aaO.
[136]) Mugdan, Materialien, I, S. 439; Ennecc. aaO.
[137]) Anm. 7 a.

§ 8.

cc). Die zu übermittelnde WE kann bis zu ihrer Annahme widerrufen werden.

Was nun die Stellung des Erben bei dieser vom Erblasser eingeleiteten Rechtsgestaltung angeht, so ergibt sich, wie schon hervorgehoben, aus § 130, Abs. I, S. 2 u. § 518 BGB, daß er die Schenkung bis zu ihrer Vollziehung und ebenso die dingliche Offerte — abgesehen von dem Sonderfall des § 873, II, der als eine vom Erblasser ererbte Bindung hier ausscheiden muß, siehe oben § 2 — bis zu ihrer Annahme frei widerrufen und somit die Absichten des Erblassers durchkreuzen kann. —

§ 9.

2. Der Bevollmächtigte.

An Stelle des Boten, welcher Übermittler fremden Willens, reines Werkzeug ist, kann sich der Zuwendende, wie wir oben (§ 5) bereits sahen, aber auch einer Hilfsperson bedienen, die das Rechtsgeschäft für ihn mittels eigener Willensbildung, durch eigene Willensentschließung vornimmt. Daß die von einer solchen Hilfsperson in seinem Namen abgegebene Erklärung für ihn Rechtswirkungen erzeugt, wird durch die von ihm erteilte Vertretungsmacht (§ 164 BGB) bewirkt, in der seine Zustimmung [138]) zu der Vornahme des Rechtsgeschäftes zum Ausdruck kommt.

aa). Die Vollmacht post mortem ist zulässig.

Wie beim Auftrag (vgl. oben § 4), so bedarf es auch hier der Feststellung, ob eine solche Vollmacht, die zum Abschluß eines erst nach dem Tode des Vollmachtgebers vorzunehmenden Rechtsgeschäfts erteilt wird, überhaupt rechtlich zulässig ist. Denn es tritt in diesem Falle ein bemerkenswerter Unterschied hinsichtlich des Tatbestandes der Bevollmächtigung einerseits und seiner Rechtsfolgen andererseits zutage [139]) insofern, als die Ermächtigung zwar vom Erblasser erteilt wurde, die dadurch geschaffene Vertretungsmacht aber in ihrer Auswirkung erst nach seinem Tode zur Geltung kommt und deshalb Rechtsfolgen für ihn selbst nicht mehr zeitigen kann. Denn die Annahme Endemanns [140]), daß der Vertreter weiter für den Verstorbenen handele und diesen vertrete, steht im Widerspruch [141]) zum Gesetz

---

[138]) Jung, § 79, S. 663; Ennecc. § 171, II.
[139]) Oertmann, Bankarch. 13, S. 5.
[140]) Bd. III, 1, § 30, V; s. oben § 2.
[141]) Oertmann, aaO.; Spielmanns i. Recht 1924, Sp. 401 f.

insofern, als mit dessen Tode auch seine Rechtsmacht entfällt[142]) und mit seinem Vermögen in der Weise auf die Erben übergeht, daß diese in seine gesamte vermögensrechtliche Persönlichkeit eintreten[143]).

Andererseits kann es auch nicht gebilligt werden, wenn Hölder und Hupka die Vollmacht (Vm) grundsätzlich durch den Tod des Vmgebers erlöschen lassen. Nach Hölders Ansicht[144]) bedeutet die Widerruflichkeit der VM „ihr Erlöschen als einer vom Vmgeber nicht mehr gewollten". Dieser Fall liege auch dann vor, wenn der Vmgeber nicht mehr als Willenssubjekt existiere. Über seinen Tod hinaus könne die Vm. nur dann fortdauern, wenn sie ihren Grund habe in einem diesen überdauernden Rechtsverhältnisse. Damit begeht Hölder denselben Fehler, den wir bereits oben[145]) einmal in einer Entscheidung des RG rügen mußten, indem er, wie auch Oertmann[146]) mit Recht beanstandet, den „rein negativen Zustand des nicht mehr Wollens", der mit dem Tode eintritt, mit dem positiven Akt eines gegenteiligen Wollens verwechselt, wie er im Widerruf zum Ausdruck kommt und seine rechtliche Wirkung äußert. — Weniger entschieden tritt Hupka[147]) für das Erlöschen ein; er hält ein Fortbestehen der Vm „auf Grund einer ausdrücklichen oder stillschweigenden clausula heredum" für denkbar. Eine solche Willensrichtung kommt aber in unserem Falle stets klar zum Ausdruck, und damit entfällt auch die von Spielmanns[148]) aus der von ihm behaupteten Unzulässigkeit des mandatum post mortem gezogene Folgerung, daß die Vm wegen des Fehlens eines Grundverhältnisses und des aus diesem ersichtlichen Willens zur Fortdauer nur bis zum Tode ihres Gebers bestehen könne.

Endlich besitzt auch die Ansicht von Staudinger[149]), daß die Vm beim Fehlen eines Grundverhältnisses wegen der durch sie erzeugten bloß formalen Gebundenheit ungeeignet sei, auf den Erben überzugehen, keine Überzeugungskraft.

So ist denn daran festzuhalten, daß das Erlöschen der Vm auch beim Fehlen[150]) eines ihr zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses keineswegs durch

---

[142]) Ebenso Rg. i. Recht 1924, Nr. 169 am Ende.

[143]) RGRK, § 1922, Anm. 5; Th. Wolff i. Recht 1922, Sp. 70 ff.; RG 88, 345; ferner Urt. V. Sen. v. 31. Jan. 1920 in LZ 1920, Sp. 698; Spielmanns u. Oertmann aaO.

[144]) Kom. § 168, Z. 1 b, c.

[145]) Oben § 7 zu RG 83; (S. 25).

[146]) aaO.

[147]) D. Vm., S. 283.

[148]) aaO.

[149]) § 168, Erl. 4, Abs. 3.

[150]) Die Zulässigkeit einer solchen, rein abstrakt. Vm. ist unbestritten; vgl. Enneccerus, § 171, II, 4; Walsmann, S. 227; RGRK, § 168, A. 2; RG 62, 335; Oertmann i. Bankarch. 13, S. 7/8 u. Kom. zu § 168; Staud § 168, A. 4.

den Tod des Vmgebers eintreten muß[151]), denn das Gesetz enthält darüber keine Bestimmung. Es ist Frage der Auslegung[152]), ob der Vollmachtgeber die Ermächtigung ausschließlich für seine Person hat geben wollen, und diese Frage ist in unserem Falle stets zu verneinen.

Infolgedessen besteht die uneingeschränkte Möglichkeit, daß der Erblasser eine Vm erteilt, deren Rechtswirkungen auch noch gegenüber seinen Erben in Erscheinung treten[153]). Wenn nun diese Ermächtigung ausschließlich für die Zeit nach seinem Tode bestimmt ist, wenn sie erst nach seinem Tode zur Geltung kommen soll, so schafft er damit praktisch eine Vertretungsmacht für die Erben[154]), Bevollmächtigungsakt und Vertretungsmacht beziehen sich dann von vornherein auf verschiedene Personen[155]). Aber auch dieses muß für zulässig[156]) erachtet werden, weil darin eine unbillige Beschränkung des Erben nicht gefunden werden kann. Denn die Vertretungsmacht bezieht sich nur auf den Nachlaß[157]), nicht aber auf das sonstige Erbenvermögen, und diesen Nachlaß muß der Erbe in der Rechtslage übernehmen, wie sie der Erblasser auf Grund der ihm zustehenden Dispositionsmacht zu seinen Lebzeiten gestaltete[158]); das hat auch dann zu gelten, wenn die Vm nicht ausdrücklich auf den Erben ausgedehnt war[159]). Endlich ergibt sich die Zulässigkeit auch noch aus der Zulässigkeit des für die Zeit nach dem Tode erteilten Auftrages (s. oben § 4!) in Verbindung mit der Bestimmung des § 168, wonach das Erlöschen der Vm sich nach ihrem Grundverhältnis bestimmt[160]).

Es ist also unrichtig, wenn das RG[161]) die Fortdauer des Auftrages und der Vm über den Tod des Gebers hinaus bejaht, trotzdem aber die Vollziehung der Schenkung für unmöglich hält, weil hiermit allein der Übergabeakt noch nicht eine Vollziehung der Schenkung aus dem Willen des Erben werde, insbesondere dann nicht, wenn dieser von der Übergabe des geschenkten Gegenstandes nichts gewußt habe. Denn hierbei läßt es auch noch außer Acht, daß der i n n e r e Willenszustand des Geschäftsherrn, der in einem Nichtwollen oder infolge seines Nichtwissens in einem Nichtwollenkönnen besteht, gegenüber der positiven WE des wirksam Bevollmächtigten

---

151) Ennecc. § 173, III, Anm. 7; v. Thur, II, 2, § 185, 2.
152) RGRK aaO.
153) So auch RG 88, 348; Ennecc. § 173, III u. aaO.
154) Vgl. RG Warn. 1925, Nr. 126; v. Thur, aaO.
155) Oertmann, aaO.
156) RG aaO.; v. Thur, aaO., Anm. 157; KGJ 32, A 198.
157) v. Thur, aaO., Anm. 158; RG 106, 187.
158) Vgl. Soergel, § 169, Anm. 5.
159) v. Thur, aaO., Anm. 157.
160) Oertmann, aaO., S. 6; v. Thur aaO. bei Anm. 157.
161) VII. Sen. Urt. v. 10. XI. 23 i. Recht 1924, Nr. 169.

schon deshalb außer Betracht bleiben muß, weil bei der Stellvertretung an Stelle der Willensbildung des Geschäftsherrn die Willensbildung des Vertreters tritt und für den Eintritt der Rechtswirkung in der Person des Geschäftsherrn lediglich die (im Rahmen der Vm abgegebene) WE des Stellvertreters entscheidend ist (vgl. auch oben § 7 bei Anm. 127). Desgleichen ist die vom RG in JW 1904[162]) vertretene Ansicht, daß die von dem Beauftragten über den nunmehr zum Nachlaß gehörenden Gegenstand getroffene Verfügung dem Rechte der Erben nicht abträglich werden könne, also unwirksam ist, ganz unhaltbar, weil die folgerichtige Anwendung dieses Gesichtspunktes die Zustimmung des Erben zu jedem vom Bevollmächtigten des Erblassers beabsichtigten Rechtsgeschäft erforderlich machen, tatsächlich also die Wirksamkeit des Auftrages und der Vollmacht über den Tod des Gebers hinaus entgegen der oben dargelegten Einstellung des Gesetzes ausschließen würde.

Beide Urteile stehen auch in auffallendem Gegensatz zu den sonst hinsichtlich derartiger Vollmachten gefällten Entscheidungen; denn ein anderes stellt sich auf den Standpunkt[163]), daß der Mangel der Form des § 518, Abs. I BGB dadurch geheilt (§ 518, II) worden sei, daß der Bevollmächtigte im Namen des verstorbenen Machtgebers die Auflassung erklärt habe. In RG. 88[164]) wird die Wirksamkeit einer vom Erblasser ausdrücklich auf die Erben erstreckten Vm bejaht, und in Band 106[165]) wird einer Witwe auf Grund der ihr von ihrem verstorbenen Ehemann erteilten Vm alleinige Verfügungsmacht über die hinterlassenen Grundstücke eingeräumt, und die Mitwirkung oder neue Bevollmächtigung von Seiten der Miterben für nicht erforderlich gehalten, trotzdem die Vm hier nicht ausdrücklich über den Tod des Vmgebers hinaus erstreckt war. Ebenso hat das KG[166]) in einem Falle, wo der Erblasser in der Vm ausdrücklich bestimmt hatte, daß sie nicht mit seinem Tode erlöschen sollte, unter Aufgabe seiner früheren Ansicht[167]) entschieden, daß es des Nachweises der Vm der Erben und bei Beteiligung eines minderjährigen Miterben der vormundschaftgerichtlichen Genehmigung nicht bedürfe, wenn nach dem Eintritt der Erbfolge auf Grund einer von dem Bevollmächtigten abgegebenen Erklärung ein Recht im Grundbuch eingetragen werden solle. Schließlich hat das RG[168]) auch einen Auftrag und die damit zusam-

---

162) S. 337, Urt. v. 29. IV. 04, III. Sen.

163) RG V. Sen. v. 31. I. 20 in LZ 20, S. 698.

164) S. 345 ff.; ebenso schon OLG 18, 338; vgl. auch die in RG 88 zit. Entsch.

165) S. 185.

166) Beschl. v. 28. VI. 1917 i. Recht 1917, Nr. 1790.

167) KGJ 41, 162; 174; Rspr. OLG 24, 88; 25, 381.

168) V. Sen. Urt. v. 1. VII. 25 in Warn. Rspr. 25, Nr. 126, ebenso Soergel, A. 5 zu § 168; Recht 1925, Nr. 906; LZ 25, S. 164.

menhängende Vm, welche von vorneherein auf den Fall des Todes des Vmgebers, eines Kriegsteilnehmers, beschränkt war, für zulässig gehalten, obgleich der Bevm. demnach garnicht für den Vmgeber, sondern nur für dessen Erben zu handeln hatte.

Diese Ergebnisse entsprechen durchaus der oben entwickelten Ansicht. Wir haben es hier tatsächlich mit einer auf gesetzlicher Gestattung beruhenden (§§ 672, 168 BGB) „über den Tod fortwirkenden Rechtsmacht“ [169]) des Erblassers zu tun, allerdings nicht in dem offenbar von Endemann gemeinten Sinne eines rechtlichen Fortlebens nach dem Tode, sondern begründet in der rechtlichen Eigenart des Verhältnisses der Erben zum Erblasser, welche in rechtlicher Beziehung nicht „Dritte“ sind, sondern gleichsam seine lebendige Fortsetzung.

Die abweichenden Urteile [170]) beschäftigen sich beide mit einer vom Erblasser für die Zeit nach seinem Tode beabsichtigten unentgeltlichen Zuwendung an eine mit den Erben nicht identische Person. So liegt der Verdacht nahe, daß man sich hier scheute, eine Rechtswirkung zu bejahen, für die im allgemeinen der Weg der letztwilligen Verfügung reserviert ist, und sich bei der Entscheidung — in den Gründen kommt das allerdings nicht zum Ausdruck — durch die Annahme einer Gesetzesumgehung, welche verhindert werden müsse, leiten ließ. Jedenfalls hat das RG [171]) diese auch noch von Jung [172]) und Ebbecke [173]) geteilte Anschauung in einer vor 1900 ergangenen Entscheidung vertreten und ausgeführt, daß der Erblasser Verfügungen über seinen zukünftigen Nachlaß nur in der für letztwillige Verfügungen vorgeschriebenen Form gültig treffen könne, nicht aber in der Art, daß er jemandem bestimmte Gegenstände mit dem Auftrag übergebe, sie nach seinem Tode einem Dritten schenkungsweise auszuliefern. Mit dieser Frage der Gesetzesumgehung werden wir uns jedoch erst weiter unten zu befassen haben.

Hier bedarf es noch des Hinweises, daß die Vm wegen ihrer abstrakten Natur [174]) nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift (§ 167, Abs. II) grundsätzlich nicht der Form bedarf, welche für das Rechtsgeschäft vorgeschrieben ist, auf das sie sich bezieht [175]), selbst dann nicht, wenn dieses auf die Veräußerung eines Grundstückes gerichtet ist [176]). Das gilt indessen nicht, wenn

---

[169]) Endemann, § 30.

[170]) s. oben zu Anm. 161; 162; vgl. auch LZ 1920, S. 698.

[171]) Gruchot 36, 453.

[172]) § 205, S. 905 s. aber auch S. 1103.

[173]) i. Recht 1916, Sp. 338.

[174]) Vgl. auch Jung, § 79, S. 665; Ennecc. § 171; II, 5 u. die daselbst Genannten.

[175]) Vgl. Ennecc. 171, II, 1 u. Anm.; RGRK § 167, Anm. 2; RG 54; 79; 65, 178; JW 27, 1363.

[176]) Vgl. RG 62, 336; 108, 125.

sie selbst Teil des einheitlichen formbedürftigen Geschäftes ist, für dessen Vornahme sie erteilt wurde [177]). Von den verschiedenen, auf besonderer gesetzlicher Bestimmung beruhenden Ausnahmen [178]) dieses Grundsatzes der Formfreiheit bedürfen hier nur die §§ 29, 30, 32 der Grundbuchordnung der Erwähnung.

§ 10.

bb). Der Einfluß des Erben auf die Vollziehung der Schenkung.

1). Die Widerruflichkeit der Vollmacht.

In den allermeisten Fällen wird der Erbe mit der vom Erblasser geplanten Zuwendung an den Dritten nicht einverstanden sein und alsbald nach dem Erbfalle versuchen, die Vollziehung der Schenkung durch Widerruf der vom Erblasser erteilten Vollmacht zu vereiteln. Daraus entsteht für den Erblasser die Frage, ob er die Verwirklichung seines Willens nicht dadurch zu sichern vermag, daß er die der Mittelsperson zu erteilende Vm unwiderruflich gestaltet und somit bewirkt, daß der Erbe auf den Bestand der Vm und die Vollziehung der Schenkung keinen Einfluß mehr hat.

Nach geltendem Recht erscheint eine unwiderrufliche Vm möglich; das ergibt sich aus der Vorschrift des § 176, 3 BGB [179]), wonach die Kraftloserklärung einer Vollmachtsurkunde unwirksam ist, wenn der Vmgeber die Vm nicht widerrufen kann. Wann das der Fall ist, wird im Gesetz nicht näher ausgeführt. Doch enthält § 168, S. 2 einen Anhaltspunkt insofern, als hiernach die Vm auch bei dem Fortbestehen des ihrer Erteilung zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses widerruflich ist, soweit sich nicht aus diesem ein anderes ergibt.

Über die Tragweite dieser Bestimmung gehen die Ansichten sehr weit auseinander. Nach Enneccerus [180]) beruht die Unwiderruflichkeit der Vm im Falle des § 168, S. 2 auf dem Willen des Vmgebers zur Gewährung einer unwiderruflichen Vertretungsmacht. Ein solcher Wille sei anzunehmen, wenn die Vm im Interesse des Bevm. oder eines Dritten zum Zwecke der Sicherung oder Befriedigung wegen eines Anspruches eingeräumt werde. Ein Verzicht auf den Widerruf sei also für gültig zu halten, und zwar auch dann, wenn es der Vm an einem Grundverhältnis fehle [181]). Denselben Standpunkt vertritt auch Staudinger [182]), doch ist nach seiner Ansicht ein Verzicht auf die Widerruflichkeit nur im Wege der Vereinbarung möglich.

---

177) s. Ennecc. aaO., Anm. 5 u. § 189, IV; RGRK aaO.
178) Vgl. Ennecc. aaO., Anm. 7.
179) Vgl. Lenel, S. 34.
180) § 173, IV, 2.
181) aaO., Anm. 10.
182) § 168, Anm. 4, 5.

v. Thur[183]) läßt zur Herstellung der Unwiderruflichkeit den einseitigen Willen des Vmgebers genügen, setzt aber dabei das Bestehen eines geeigneten Grundverhältnisses ausdrücklich voraus[184]), aus dem sich ein dem Interesse des Vmgebers gleichwertiges Interesse des Bevm. oder eines Dritten ergeben müsse.

Eine ähnliche Ansicht vertritt auch Oertmann[185]), der die Unwiderruflichkeit als „inhaltliche Qualität" der Vm ansieht und die Vertragsmäßigkeit dieses Verzichtes nicht für nötig hält. Dagegen sei ein einseitiger Verzicht, der sich nicht aus der Natur des Grundverhältnisses ergebe, unzulässig, weil er für den Vmgeber möglicherweise eine sehr empfindliche Bindung seines Willens bedeute, ohne daß dieser Bindung ein rechtfertigendes Interesse zugrundeliege. Ein solches Interesse[186]) bestehe aber nicht nur dann, wenn die Vm den Zwecken des Bevm. oder eines Dritten dienen solle, sondern z. B. auch dann, wenn der Vmgeber als Erblasser mit dem mandatum post mortem einen den Interessen der Erben entgegengesetzten Zweck verfolge. Da hier das die Unwiderruflichkeit allein notwendig ausschließende Moment ihrer Erteilung im Interesse des Vertretenen fehle und außerdem mit Sicherheit anzunehmen sei, daß die Vm vom Belieben der Erben unabhängig sein solle, müsse sie vom Tode des Erblassers an unwiderruflich sein. Andererseits sei eine solche einseitige Festlegung, die sich nicht aus dem Grundverhältnis, sondern nur aus dem Akt der Vmerteilung ergebe, im Gesetz nicht vorgesehen und werde von diesem nicht gedeckt. Einem vertragsmäßigen Verzicht stehe dagegen nichts im Wege, weil eine solche Vereinbarung selbst zum rechtfertigenden Grundverhältnis werde[187]).

Nach RGRK[188]) ist die rein abstrakte Vm unter allen Umständen frei widerruflich; die Unwiderruflichkeit könne sich nur aus dem Grundverhältnis ergeben, und nur eine mit Rücksicht auf dieses Grundverhältnis getroffene Vereinbarung sei wirksam.

Auch Hupka[189]) hält einen bloß einseitigen Verzicht auf die Unwiderruflichkeit für unzulässig; dagegen könne ein dahinzielender Vertrag mit unmittelbarer Wirkung sowohl gegenüber dem Bevm. als auch dem beteiligten Dritten geschlossen werden, wenn der darin liegenden Machtentäußerung des Vmgebers ein entsprechendes wirtschaftliches Interesse des anderen Teiles gegenüberstehe, z. B. wenn die Vm zur Einziehung einer Forderung erteilt

---

[183]) BR, S. 403 ff., 409.
[184]) i. Festschr. S. 50, 56, 58.
[185]) Kom. § 168, Anm. 3, S. 628.
[186]) Bankarchiv 13, S. 8, 9.
[187]) Ebenso Rosenberg, S. 909; vgl. unten!
[188]) § 168, Anm. 2.
[189]) S. 396/401.

werde, und der Bevm. den eingezogenen Betrag als Darlehen erhalten, ebenso, wenn damit eine Schenkung bewirkt oder eine Unterhaltspflicht erfüllt werden solle.

Planck[190]) und Soergel[191]) halten eine beliebige rechtsgeschäftliche Beschränkung des Widerrufsrechtes für unzulässig. Diese könne sich vielmehr nur aus dem Grundverhältnis ergeben, und auch nur dann, wenn der Bevm. oder ein Dritter an der Ausübung der Vm ein Interesse habe, das dem des Vmgebers gleichwertig sei. Außerdem bedürfe es der Vereinbarung mit dem Bevm. oder dem Dritten.

Walsmann[192]) unterscheidet zwischen einer bloß obligatorischen Verpflichtung, die Vm nicht zu widerrufen, welche die Wirksamkeit des trotzdem erfolgten Widerrufes nicht berühre, und der dinglichen Gebundenheit, die den Widerruf als solchen unwirksam mache. Die rein abstrakte Vm könne trotz solcher Vereinbarung stets widerrufen werden. Dagegen könne sich beim Bestehen eines Grundverhältnisses eine dingliche Unwirksamkeit ergeben. Denn das BGB verleihe, indem es die Vm von dem Grundverhältnis abhängig macht, dieser letzteren, rein obligatorischen Beziehung eine dingliche, unmittelbar aufhebende Wirkung auf das Widerrufsrecht. Diese Wirkung könne sich sowohl aus dem Grundverhältnis als solchem ergeben, als auch durch Einfügung einer entsprechenden Vereinbarung erzielt werden, und der gleiche Erfolg sei auch bei der abstrakten Vm möglich, wenn man die Vereinbarung über die Unwiderruflichkeit zum Grundverhältnis mache.

Rosenberg vertritt die Ansicht, daß das BGB die Ausschließung des Widerrufs nach Maßgabe des der Erteilung der Vm zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses gestatte. Er hält den einseitigen Verzicht auf den Widerruf ebenfalls für unzulässig[193]), bejaht dagegen die Möglichkeit seiner vertragsmäßigen Ausschließung, für die er aus § 176, Abs. 3 BGB dingliche Wirkung folgert[194]). Seine Ausführungen sind jedoch nicht frei von Widerspruch, denn einmal[195]) läßt er die bloße Vereinbarung der Unwiderruflichkeit schon als Grundverhältnis im Sinne des § 168, S. 1 BGB gelten, während er an anderer Stelle[196]) hervorhebt, daß nur ein solches Rechtsverhältnis als Grundverhältnis im Sinne des Gesetzes anzusehen sei, bei dem die vorzunehmenden Vertreterhandlungen durch den Bestand dieses Rechtsverhältnisses in der Weise *veranlaßt* seien, daß sie der Erreichung des dem

---

[190]) § 168, Anm. 2, a, c.
[191]) § 168, Anm. 6.
[192]) S. 227/28.
[193]) S. 909.
[194]) S. 210.
[195]) S. 909.
[196]) S. 759.

Grundverhältnis innewohnenden Zweckes dienten. Das letztere sei der Fall, wenn im Gewande der Vm eine Verfügung zugunsten des Bevm. getroffen werde, und die Vereinbarung hierüber nach dem Willen der Kontrahenten bereits bindend sein solle, oder wenn die Widerruflichkeit mit den Zwecken des Grundverhältnisses unvereinbar sei, so z. B. bei einer an Stelle der Abtretung erteilten Inkassovollmacht zum Zwecke der Schuldtilgung oder Darlehensgewährung, oder wenn dem Bevm. ein unmittelbares Recht an dem im Namen des Machtgebers zu vollziehenden Rechtserwerb eingräumt werden solle[197]), nicht dagegen, wenn das Interesse des Bevm. allein auf der ihm für seine Tätigkeit zugesagten Gegenleistung beruhe.

In gleicher Weise wie Walsmann unterscheidet auch Lenel zwischen obligatorischer und dinglicher Wirksamkeit des Widerrufsverzichts. Er geht davon aus[198]), daß der Dritte, wenn er sich dem Vmgeber gegenüber berechtigt und verpflichtet fühlen solle, notwendig dessen Einstellung kennen müsse. Deshalb sei es erforderlich, daß dieser die Vm, d. h. den Willen, die von dem Bevm. abgegebene Erklärung für und gegen sich wirken zu lassen, dem Dritten mitteile. Das könne er mit Hilfe des Bevm. tun, der insoweit als Bote anzusehen sei[199]). Da der Dritte die wahre Adresse der Vmerklärung sei[200]), so könne eine unmittelbare wirksame Unwiderruflichkeit der Vm nur durch Vereinbarung zwischen ihm und dem Vmgeber bewirkt werden. Für die Gültigkeit der Vereinbarung könne deshalb auch nicht das zwischen Vmgeber und Bevm. bestehende Grundverhältnis entscheidend sein, sondern nur die Rechtsbeziehung des Vmgebers zum Dritten, und die Unwiderruflichkeit könne nur dann gültig vereinbart werden, wenn nach der Art dieser Beziehung ein schutzwürdiges Interesse des zu Berechtigenden generell anzunehmen sei. Für die Gültigkeit einer zwischen Vmgeber und Bevm. getroffenen Unwiderruflichkeitsabrede[201]) dagegen sei das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis bestimmend, aus welchem sich ein zum mindesten mitwirkendes Interesse des Bevm. ergeben müsse. Ein solches Interesse liege z. B.[202]) vor, wenn die Erteilung der Vm lediglich die Form einer auch auf anderem Wege unwiderruflich bewirkbaren Vermögenszuwendung sei. Doch beschränke sich die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung auf die Vereinbarenden, und der im Widerspruch damit dem Dritten erklärte Widerruf bleibe gültig[203]) und hebe die Vollmacht auf. Denn die Rechtsstellung des Vmgebers gegenüber

[197]) S. 912, 913.
[198]) S. 15.
[199]) S. 17.
[200]) S. 34.
[201]) S. 36.
[202]) S. 37.
[203]) S. 38.

dem Dritten werde durch die mit dem Bevm. getroffene Vereinbarung nicht berührt, weil man durch einen derartigen Vertrag nicht mit objektiver Wirkung auf die dem Dritten gegenüber bestehende Handlungsfreiheit verzichten könne.

Nach Schloßmann [204]) beruht die freie Widerruflichkeit auf der Anerkennung des freien Selbstbestimmungsrechtes der Person, und ist demnach zwingendes, durch abweichende Vereinbarungen nicht ausschließbares Recht. Auch eine obligatorische Verpflichtung dieser Art sei unmöglich, weil die Unterlassung des Widerrufes nicht erzwungen werden könne. Wenn jemandem eine Inkassovollmacht in dessen eigenem Interesse erteilt werde, so sei auch hier eine unwiderrufliche Vm nicht anzunehmen, weil ein Fall von Vertretung garnicht vorliege [205]). Denn diese könne begriffsnotwendig nur für den Vmgeber und nur in der Weise geführt werden, daß die Wirkungen des Geschäfts dem Vertreter fremd blieben. Die Vm sei vielmehr simuliert und das wirklich gewollte Geschäft eine Zession.

Jung [206]) sieht in der Vorstellung von der unwiderruflichen Vm eine Vermischung von Innen- und Außenverhältnis. Es sei aber zu unterscheiden zwischen dem Akt der Bevollmächtigung, durch den die Befugnis zur Geschäftsführung verliehen werde und der daraus hervorgehenden eigentlichen Vm, dem Gestaltungsrecht, kraft dessen der Dritte durch die Erklärung der Mittelsperson unmittelbar Rechte zu Lasten des Vertretenen erwerbe. Die Vm sei immer abstrakt und könne jederzeit frei widerrufen werden. Der Verzicht auf dieses Widerrufsrecht habe stets nur obligatorische Wirkung; ein Einfluß des obligatorischen Innenverhältnisses auf das abstrakte Außenverhältnis, die Vm, widerspreche deren Wesen. Die Vm sei als eine Erweiterung des Machtkreises des Geschäftsherrn anzusehen und bedeute ein Können zum Vorteil des Machtgebers, mittels dessen dieser durch den Willen des anderen zu handeln vermöge. Wenn also dem Bevm. nach dem Willen der Beteiligten eine nicht mehr entziehbare Befugnis, Verfügungen zu Rechten und zu Lasten des Vmgebers vorzunehmen, eingeräumt werde, so liege darin tatsächlich immer eine Übertragung der durch diese rechtsgeschäftliche Macht des angeblichen Vertreters erfaßten Vermögenswerte des Machtgebers an den Machtinhaber. Denn für die Stellvertretung sei das Eintreten der Fremdwirkung der WE und das Ausgeschlossensein ihrer Eigenwirkung im Rechtskreis des Erklärenden begriffsnotwendig, in den angeblichen Fällen der unwiderruflichen Vm ergebe sich aber aus dem Eintritt der Eigenwirkung, daß eine Stellvertretung im eigentlichen Sinne garnicht vorliege.

---

[204]) II, S. 599.
[205]) S. 604.
[206]) i. Iher. Jahrb. 69, S. 100; b. Stammler, § 79, S. 662.

Von der jederzeit zulässigen Ausschließung der Widerruflichkeit der Vm bis zur grundsätzlichen Wirksamkeit jedes Widerrufes werden also alle nur denkbaren Abstufungen vertreten. Gerade gegenüber Jung und Schloßmann, welche jede dingliche Beschränkung des Widerrufsrechts für unmöglich halten, muß darauf hingewiesen werden, daß das geltende Recht die dingliche Unwirksamkeit des Widerrufes im § 176, Abs. III BGB ausdrücklich anerkennt [207]). Und der Annahme, daß in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen der angeblichen Unwiderruflichkeit gar keine Vm, sondern immer eine Übertragung des der Rechtsmacht des Bevollmächtigten unterliegenden Vermögensrechtes an diesen vorliege, steht der § 168 BGB entgegen. Denn es ist nicht anzunehmen, daß mit dieser Gesetzesvorschrift nur die Fälle getroffen werden sollten, in denen tatsächlich eine Übertragung des Rechtes vorliegt, daß also das Gesetz von einer Vm, einer einseitig begründeten Rechtsmacht spricht, während es die Übertragung eines Gegenstandes, ein zweiseitiges Rechtsgeschäft meint, dessen einseitige Rückgängigmachung schon nach allgemeinen Grundsätzen regelmäßig unmöglich ist. Zudem übersieht Schloßmann, daß — ganz abgesehen von dem Falle der §§ 715, 712, I und den Rechtsverhältnissen mit gesellschaftsähnlichem Charakter [208]) — neben der Eigenwirkung in der Person des Vertreters auch eine sehr erhebliche „Fremdwirkung" für den Vertretenen hergehen kann, so z. B. wenn dieser Schuldner des Bevm. war und die unwiderrufliche Vm zum Zwecke der Befriedigung seines Gläubigers erteilte [209]), die Wirkung der Schuldentilgung. Daß in der Erteilung einer unwiderruflichen Vm garnicht immer eine Übertragung liegen kann, wird offenbar, wenn die Übereignung eines Grundstückes geschuldet ist. Ebenso ist in den Fällen, wo keine Formvorschrift die Übertragung erschwert, nicht ersichtlich, aus welchen Gründen hier stets eine Rechtsübertragung auf den Bevm. vorliegen soll.

Wir müssen also, schon mit Rücksicht auf die angeführten Gesetzesstellen, daran festhalten, daß es eine Vm gibt, deren Widerruf dinglich unwirksam ist. Bei Beantwortung der Frage, wann eine solche vorliegt, werden wir mit Schloßmann [210]) davon auszugehen haben, daß die Stellvertretung vor allem dazu bestimmt ist, die Interessen des Vertretenen zu fördern. Dieser soll die Möglichkeit haben, ein seinem Willen widersprechendes Eingreifen des Bevm. in seine Angelegenheiten zu verhindern [211]) und jeder Änderung seines Willens in derselben Weise Geltung zu verschaffen, als wenn er die Ausführung der dem Vertreter aufgetragenen Maßnahme selbst beabsichtigt, dann

---

207) Vgl. Lenel, aaO.

208) Vgl. v. Thur i. Festschr. f. Laband, S. 52, Anm. 3.

209) Vgl. RG 53, S. 418.

210) II, S. 586 ff.

211) aaO., S. 592.

aber wieder von ihr Abstand genommen hätte [212]). Andernfalls wäre ihm die Freiheit der Entschließung genommen und seine Interessensphäre einem fremden Willen untergeordnet [213]). Da nun aber das freie Selbstbestimmungsrecht der Person [214]) elementare Grundlage unserer Rechtsordnung ist und zwingendes Recht darstellt, kann es durch abweichende Vereinbarungen nicht ausgeschlossen werden. Sowohl der einseitige Verzicht, als auch die Vereinbarung der Unwiderruflichkeit mit dem Bevm. müssen deshalb regelmäßig für unzulässig gehalten werden [215]). Dieser Anforderung entspricht auch § 168 BGB, indem er die Vm jederzeit zu widerrufen gestattet, sofern sich nicht aus dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse ein anderes ergibt. Der Vmgeber kann also auf den Widerruf nur insoweit verzichten, als der in dem Grundverhältnis zum Ausdruck kommende Zweck der Vm dieses gestattet [216]).

Daraus ergibt sich, daß eine Vm, der ein solches Grundverhältnis fehlt, die also rein abstrakt ist, niemals unwiderruflich gestaltet werden kann [217]). Auch der von Oertmann [218]), Walsmann [219]) und Rosenberg [220]) vorgeschlagene Weg, die Vereinbarung über die Unwiderruflichkeit als Grundverhältnis zu betrachten, kann daran nicht ändern. Denn diese Vereinbarung allein vermag weder über den rechtlichen, noch über den wirtschaftlichen Zweck der Vm Auskunft zu geben, führt vielmehr notwendig zu der Folgerung, daß die Unwiderruflichkeit als Selbstzweck zu betrachten sei. Dieses Ergebnis geht aber fehl, denn die Vm ist, woran auch v. Tuhr [221]) erinnert, stets Mittel zur Erreichung eines außerhalb ihrer selbst liegenden rechtlichen Zweckes.

Welcher Art muß nun aber das Grundverhältnis sein, um die Unwiderruflichkeit und damit den Ausschluß der freien Willensbetätigung des Vmgebers zu rechtfertigen?

---

[212]) aaO., S. 606.
[213]) aaO., S. 587.
[214]) aaO., S. 599.
[215]) So v. Thur, RGRK, Planck, Hupka, Soergel, sämtl. aaO.; RG. 109, 333; grundsätzlich auch Oertmann, § 168, A. 3, S. 629; And. Ans. ohne nähere Begründung RG V. Urt. 23. I. 1918 i. Warn. Rspr. 1918, Nr. 50, S. 80.
[216]) So auch Raape in JW 1925, S. 603 zu RG V. v. 13. Dez. 24; OLG Rspr. 12, S. 279.
[217]) Ebenso RG 62, 337; RGRK, § 168, A. 2; Soergel, § 168, Anm. 6; Planck, § 168, Anm. 2; Lenel, S. 36.
[218]) Vgl. zu Anm. 187.
[219]) S. 228.
[220]) S. 909; vgl. aber S. 759 oben!
[221]) i. Festschrift, S. 50.

In den meisten Fällen dient die Vm lediglich der Förderung der Interessen des Vmgebers; die Ausschließung des Widerrufs würde hier die Verfolgung dieses Zweckes gerade wesentlich erschweren und kann deshalb niemals wirksam erfolgen [223]). Sie ist nur dann möglich, wenn die Vm den Interessen des Bevm. oder eines Dritten [224]) dient, demgegenüber das Rechtsgeschäft vorgenommen werden soll, oder wenn zummindesten mit den Interesse des Vmgebers solche Interessen verbunden sind, welche durch die unbeschränkte Zulassung beeinträchtigt werden würden. Andererseits vermag, wie auch Hupka [225]) hervorhebt, durchaus nicht jedes, insbesondere nicht schon ein rein ideales Interesse des Bevm. oder des Dritten die Unwiderruflichkeit zu rechtfertigen, weil dies gegenüber dem erheblich stärkeren wirtschaftlichen Interesse des Vmgebers an seinem Recht zur freien Entschließung unbeachtlich erscheint. Das Interesse des anderen Teils muß vielmehr gleichwertig [226]) und geeignet sein, die in dem Widerrufsverzicht liegende Machtentäußerung zu rechtfertigen [227]), also ebenfalls auf wirtschaftlichem Gebiete liegen. Andererseits kann auch wieder ein Interesse, welches sich nur auf die Vornahme des Rechtsgeschäfts als solche, auf das Tätigwerden beschränkt, nicht geeignet sein, den Widerruf auszuschließen, weil es durch die Vornahme des Widerrufs regelmäßig nicht beeinträchtigt [228]) wird, da der Anspruch auf Lohn oder Tantieme bestehen bleibt und man auch in den allermeisten Fällen nicht wird sagen können, daß es der Zweck der Vmerteilung gewesen sei, dem Bevm. dieses Tätigwerden zu ermöglichen [229]). Man wird also die Unwiderruflichkeit verneinen müssen, solange sich das Interesse des Bevm. auf den zugesagten Lohn oder die Provision [230]) beschränkt, und zwar auch dann, wenn dieses Entgelt in seiner Höhe irgendwie von dem Ergebnis der Geschäftsführung abhängt [231]). Die Unwiderruflichkeit ist nur dann gegeben, wenn dieses Interesse sich auf den Erfolg bezieht, wenn also das Ergebnis nach dem In=

---

[222]) aaO., S. 51.

[223]) Oertmann, B. A. 13, S. 9; v. Thur, aaO.; Rosenberg, S. 912; Oertmann, Kom. § 168, Anm. 3, S. 629.

[224]) Vgl. Mugdan, Materialien, I, S. 742; wie oben RGRK, § 168, Anm. 2; Hupka, S. 400; RG 52, 99; Oertmann, Kom. aaO.; Soergel, aaO.

[225]) S. 401.

[226]) v. Thur i. Festschr. S. 52; Planck, § 168, Anm. 2, S. 455; Soergel, § 168, Anm. 6; Hupka, S. 399, 401.

[227]) Raape aaO.

[228]) Vgl. oben § 4 am Ende und Schloßmann, S. 587/91, 593.

[229]) Vgl. v. Thur, aaO., S. 52.

[230]) So RG V, Urt. 25. Sept. 26 i. JW 1927, S. 1139; RG 53, S. 419; Rosenberg, S. 913.

[231]) So auch v. Thur, aaO.; Rosenberg, aaO.

halt des Grundverhältnisses nicht allein dem Vmgeber, sondern daneben oder auch ausschließlich dem Bevm.[232]) oder dem Dritten zugute kommt.

Aber auch hierbei ist noch eine Einschränkung zu machen: Das der Vm zugrundeliegende Verhältnis, nach dem die Frage der Widerruflichkeit beantwortet werden muß, ist ein Rechtsverhältnis, eine r e c h t l i c h bedeutsame Beziehung[233]), welche den Vmgeber mit dem anderen Teile verbindet. Es kann also auch nur ein Interesse von r e c h t l i c h e r Erheblichkeit, ein aus dieser Rechtsbeziehung hervorgehender Anspruch dem Interesse des Vmgebers gleichwertig gegenübertreten und die mit der Unwiderruflichkeit verbundene Beschränkung der Willensfreiheit rechtfertigen. Es ist deshalb unrichtig, wenn Hupka[234]) hier die zum Zwecke der Darlehensgewährung[235]) oder Schenkung erteilte Vm zur Einziehung einer Forderung ohne weiteres einer Vm gleichstellt, die zum Zwecke der Erfüllung einer Unterhaltspflicht erteilt wurde. Denn hier besteht in Ermanglung eines Darlehensvorvertrages (vgl. auch § 610 BGB) bezw. eines formgültigen Schenkungsversprechens kein Grundverhältnis der gekennzeichneten Art, sondern höchstens ein Auftrags- oder Geschäftsführungsverhältnis; dieses vermag aber auch dann, wenn man von dem Fehlen des rechtlichen Interesses bei dem Geschäftsführer einen Augenblick absieht, die Unwiderruflichkeit nicht zu rechtfertigen[237]), weil es seinerseits vom Geschäftsherrn einseitig widerrufen werden kann (§ 671 BGB; vgl. oben § 4), wodurch dann auch die Vm nach zwingender Vorschrift (§ 168 BGB) zum Erlöschen kommt[238]). Der Widerruf der Vm kann also nur dann wirksam ausgeschlossen werden, wenn dem Bevm. oder dem Dritten ein Forderungsrecht, ein klagbarer Anspruch auf das durch den Bevm. vorzunehmende Rechtsgeschäft zusteht, oder wenn die Vm zum Zwecke der Befriedigung des Bevm. oder des Dritten wegen eines ihm gegen den Vmgeber zustehenden Anspruches erteilt wurde.

Nur insoweit hat auch die Rechtsprechung den Ausschluß zugelassen. Das RG hat die Unwiderruflichkeit bejaht, wenn der Bevm. ermächtigt wurde, eine Forderung zu eigener Befriedigung oder der eines Dritten abzutreten oder einzuziehen, oder zu diesem Zweck einen Verkauf vorzunehmen[239]). Desgleichen hat das KG[240]) die im Grundstückskaufvertrag dem Käufer erteilte

---

[232]) v. Thur, S. 52.

[233]) Ennecc., § 64, I.

[234]) S. 399.

[235]) Ebenso v. Thur, S. 52, 63, 70; Schloßmann, S. 606.

[237]) Ebenso Oertmann, Kom. aaO.; BankA. 13, S. 8; RGRK, aaO.; RG 53, 418; RG Warn. 1912, Nr. 369; Planck, aaO.; Soergel, aaO.; OLG Kiel i. Schl.Holst.Ztg. 1919, 17.

[238]) Ebenso v. Thur, aaO., S. 49.

[239]) Vgl. RG 52, 99; 53, 419.

[240]) Recht 1926, Nr. 2124.

Vm, das Grundstück sich selbst aufzulassen, für unwiderruflich erachtet. Am deutlichsten gelangt das Erfordernis des Bestehens einer Rechtspflicht des Vmgebers zum Ausdruck in den Entscheidungen des RG, V. Sen. vom 29. I. 1906 und 13. XII. 1924 [241]), wo ausgesprochen wird, daß ein Grundstückskaufvertrag nur dann geeignet sei, den Widerruf gemäß § 168, S. 2 BGB auszuschließen, wenn er die Form des § 313 wahre, und daß der formlose Veräußerungsvertrag infolge seiner Ungültigkeit den Widerruf jederzeit gestatte.

In unerklärlichem Gegensatz zu diesen Urteilen steht das Urteil desselben Senates vom 30. Okt. 1926 [242]), in dem die Vm trotz Ungültigkeit des Kaufvertrages für unwiderruflich erklärt wird, weil sie ein Sicherungsmittel für den bezahlten Kaufpreisvorschuß bilde. Diese Entscheidung geht aber offenbar fehl, weil es hier an einem tauglichen Grundverhältnis im Sinne des § 168 BGB überhaupt mangelt, vielmehr nur ein Auftrag vorliegt und die Vm deshalb unter allen Umständen für widerruflich hätte erklärt werden müssen [243]).

Nicht hierher gehören die Entscheidungen des RG vom 13. Dez. 1907 [244]) und vom 25. Sept. 1926 [245]). Bei der ersten war vereinbart worden, daß der Bevm. die Gefahr der Einklagung der einzuziehenden Forderung tragen, also im Verlustfalle für die Kosten aufkommen, daß aber im Falle eines günstigen Ausganges der Gewinn zwischen Vmgeber und Bevm. geteilt werden sollte. In der zweiten war mit dem bevollmächtigten Mäkler die Beteiligung an dem einen Mindestkaufpreis übersteigenden Mehrerlös vereinbart worden. Beide Fälle haben, wie auch v. Tuhr [246]) in gleichgelagerten Beispielen annimmt, gesellschaftsähnlichen Charakter, weil ein beiderseits gleichgerichtetes Interesse verfolgt wird. Es müssen deshalb die Spezialvorschriften des Gesellschaftsrechtes entsprechende Anwendung finden, und hier ist die unentziehbare Vertretungsmacht die Regel (§§ 712, 715 BGB). Ein Fall des § 168 ist bei beiden Entscheidungen garnicht gegeben.

Im Falle des § 168 tritt die Unwiderruflichkeit aber auch nicht immer schon dann ein, wenn ein geeignetes Grundverhältnis besteht; vielmehr bedarf es außerdem noch einer besonderen Bindung des Vmgebers [247]). Denn die

---

[241]) RG 62, 335; 109, 333.

[242]) Gruchot, Bd. 69, S. 222.

[243]) Vgl. oben u. § 4.

[244]) II. Sen. Warn. 1908, Nr. 123.

[245]) V. Sen. Gruchot 69, S. 82.

[246]) In Festschr. S. 46, 52.

[247]) Ebenso Planck, § 168, A. 2; Soergel, § 168, A. 6; RGRK. § 169, A. 2; and. Ans. Walsmann, S. 227/28; RG. Warn. 1918, Nr. 50, S. 80.

Vm ist hier nicht wesentlicher Bestandteil des Grundverhältnisses, sondern steht mehr oder minder eng verbunden neben diesem. Auch bedeutet sie, wie oben bereits ausgeführt, im Falle ihrer Unwiderruflichkeit eine Beschränkung der Willensfreiheit des Vmgebers. Aus beiden Gründen darf der Ausschluß des Widerrufes nur dann angenommen werden, wenn vom Vmgeber eine dahingehende Verpflichtung übernommen wurde. Diese Verpflichtung kann aber nicht schon durch einseitigen Verzicht [248]) begründet werden, sondern bedarf der Vereinbarung mit dem jeweiligen Gegeninteressenten, dem Bevm. oder dem Dritten. Andernfalls wäre, wie das RG [249]) mit Recht ausführt, nicht ersichtlich, aus welchem Rechtsgrund der Vmgeber gehindert sein sollte, den von ihm nur einseitig erklärten Widerrufsverzicht zurückzunehmen. —

§ 11.

2). Die Verfügungsmacht des Erben.

Neben dem Widerruf der Vm, welcher in den Fällen des mandatum post mortem demnach stets zulässig ist, hat der Erbe aber auch noch eine andere Möglichkeit, die Zuwendung zu vereiteln:

Die Vm beruht auf dem vom Erblasser auf ihn als neuen Eigentümer übergegangenen Rechtsverhältnisse zum Vertreter. Dessen Vertretungsmacht kann sich aber nur auf solche Gegenstände beziehen, die zum Vermögen des Vmgebers und somit auch zum Nachlaß gehören. Verfügungsbefugnis und Vollmacht müssen demnach enden, sobald die Sache, auf die sich die Veräußerungsvollmacht bezieht, aus dem Vermögen des Vertretenen ausscheidet [250]). Und dieses Ausscheiden kann der Vertretene, da er durch das Bestehen der Vm in seiner eigenen Handlungsfähigkeit hinsichtlich des der Vertretungsmacht unterliegenden Gegenstandes in keiner Weise beschränkt ist [251]), jederzeit bewirken, indem er — dem Vertreter zuvorkommend — über den Zuwendungsgegenstand anderweitig verfügt [252]), und diese Befugnis kann vom Erblasser mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 137 BGB auch nicht mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen werden. Eine nur obligatorische Verpflichtung gegenüber dem Bevm., falls man von deren Bestehen reden könnte, ist aber nicht geeignet, den Erben von einer solchen Maßnahme abzuhalten, da ihn keine Verpflichtung zur Übertragung an den Bedachten trifft [253]), und aus diesem Grunde auch niemals eine Verpflichtung zum Schadensersatz für ihn entstehen könnte.

---

248) Vgl. oben Anm. 181, 183.
249) Bd. 109, S. 333.
250) v. Thur i. Festschr. S. 60.
251) Soergel, § 168, Anm. 6.
252) Vgl. zu dem Folgenden insbes. v. Thur, aaO., S. 60 ff.
253) Vgl. oben § 1.

Am leichtesten[254]) ist auf diesem Wege die Zuwendung eines Grundstückes oder einer Forderung zu vereiteln. Der Erbe kann das Grundstück selbst veräußern, die Forderung selbst an einen anderen abtreten oder durch Aufrechnung verwerten. Schwieriger wird es bei beweglichen Gegenständen sein, weil der Bedm. hier regelmäßig im Besitz des Zuwendungsgegenstandes ist, und deshalb für den Erben, wenn er ihm zuvorkommen will, bei der Veräußerung nur der Weg des § 931 BGB, die Abtretung des Herausgabeanspruches, bleibt. Zu einem solchen Erwerbe wird sich aber niemand so leicht bereitfinden. —

II. Der Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 331 BGB.

§ 12.

a). Begriff und Wesen des Vertrages zugunsten Dritter.

1. Begriff.

Während die Mittelsperson als Bote oder Stellvertreter bei der Zuwendung an den Bedachten mitwirkt, ohne daß hierbei hinsichtlich dieses Bedachten für sie selbst irgendwelche Rechtsbeziehungen zur Entstehung gelangen, und sie nur als Gehilfe, als Platzhalter des Zuwendenden erscheint, nimmt sie im Vertrage zu Gunsten Dritter eine selbständige Zwischenstellung ein[255]). Hier läßt sich der Zuwendende versprechen, daß die von der Mittelsperson, dem Versprechenden, aus dem Vertrage geschuldete Leistung nicht an ihn, den Versprechensempfänger, sondern an eine mit den Vertragsparteien nicht identische Person, den Dritten, Bedachten, erfolgen soll. Der Dritte kann aus dieser Vereinbarung unmittelbar ein Recht, einen Anspruch auf die Leistung gegen die Mittelsperson (nicht aber gegen den Versprechensempfänger[256])) erwerben. Es kann aber auch vereinbart werden, daß der Dritte nur „ermächtigt" sein soll, die Leistung entgegenzunehmen. Dann hat lediglich der Versprechensempfänger einen Anspruch gegen den Versprechenden dahin, daß dieser an den Dritten leiste. Im ersteren Falle haben wir es mit einem „berechtigenden"[257]) oder „echten"[258]), im letzteren mit einem „ermächtigenden"[257]) oder „unechten"[258]) Vertrage zugunsten Dritter zu tun. Das Gesetz stellt in § 328 keine Vermutung für das Vorliegen der einen oder anderen Art auf,

---

[254]) v. Thur aaO.

[255]) Vgl. v. Thur, Allg. Teil II, 2, § 71, S. 56 f.

[256]) Vgl. auch Kipp, S. 137; Pauli, S. 19, 28.

[257]) Hellwig, S. 43.

[258]) Enneccerus § 258, IV; Kluckhohn, § 9, S. 100.

überläßt die Entscheidung vielmehr der Auslegung des einzelnen Falles. Die Gesamtheit der Umstände und der Zweck des Vertrages sollen als Anhaltspunkte dienen.

2. Entstehung und Inhalt des Rechtes des Dritten.

Darüber, wie das Recht des Dritten zur Entstehung gelangt, sind eine Reihe verschiedener Theorien aufgestellt worden: Nach Ansicht von Buchka [259]) erwirbt der Dritte das Recht durch ein Handeln des Versprechensempfängers als Stellvertreters des Dritten. Gegen diese „Stellvertretungstheorie" ist einzuwenden, daß bei der direkten Stellvertretung der Vertreter in keiner Weise von den Wirkungen des durch ihn abgeschlossenen Vertrages betroffen wird, während der Versprechensempfänger hier selbst Vertragspartei ist und die nicht auf die Person des Dritten gestellten Wirkungen ihn selbst treffen [260]). Auch handelt der Stellvertreter im fremden Namen, während der Versprechensempfänger das Rechtsgeschäft im eigenen Namen abschließt.

Die Annahme einer indirekten Stellvertretung des Dritten wird der Eigenart des Vertrages zu Gunsten Dritter ebenfalls nicht gerecht. Zwar handelt der Vertreter hier im eigenen Namen, dafür entstehen Rechtswirkungen aber nur zwischen ihm und seinem Vertragsgegner, und der Vertretene erhält einen Anspruch nur gegen seinen Vertreter und nur aus dem mit diesem bestehenden Innenverhältnis, nicht aber gegen den anderen Kontrahenten aus dem von diesem mit dem Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäft. Beim Vertrag zu Gunsten Dritter dagegen ist auch im Verhältnis zwischen dem Versprechenden und dem Dritten der Vertrag mit dem Versprechensempfänger maßgebend, und aus diesem leitet sich das Recht des Dritten her.

Ebenso sind die noch auf dem Boden des Gemeinen Rechtes erwachsenen Theorien, welche eine Mitwirkung des Dritten bei dem Erwerbe seines Rechtes verlangen, mit der Vorschrift des § 328 BGB unvereinbar. Der Versprechensempfänger kann weder als Geschäftsführer ohne Auftrag [261]) für den Dritten angesehen werden, noch ist der Beitritt [262]) des Dritten oder Abtretung [263]) des Anspruches an ihn erforderlich. Mit Recht weist Seyferth [264]) auf die Unhaltbarkeit der Zessionstheorie hin: Der Anspruch des Versprechensempfängers gegen den Versprechenden hat einen ganz anderen Inhalt, als der dem Dritten zufallende Anspruch; der erstere kann Leistung

---

[259]) S. 204 ff.
[260]) Ennecc. § 258, III; Gieben, S. 10.
[261]) Ogonowski, S. 112.
[262]) So Gareis, S. 435.
[263]) So Seuffert, § 278.
[264]) S. 32.

an einen andern, den Dritten, verlangen (vgl. § 335 BGB), während dieser ein Recht auf Leistung an sich selbst[265]) erhält, ohne daß es dabei seiner Mitwirkung bedürfte.

Nach Stammler[266]) gründet sich dieses Recht auf die einseitige WE des Versprechenden, die allerdings zu ihrer formalen Gültigkeit innerhalb eines Vertrages mit dem Versprechensempfänger abgegeben sein müsse. Diese Ansicht kann, wie Enneccerus[267]) bemerkt, zu Schwierigkeiten leicht insofern führen, als bei Minderjährigkeit des Versprechenden zwar der Vertrag zwischen ihm und dem Versprechensempfänger durch Genehmigung gemäß § 108 BGB wirksam würde, das einseitige Versprechen aber nichtig wäre (§ 111 BGB). Andererseits wäre es, worauf auch Kirschbaum[268]) hinweist, nicht recht erklärlich, warum der Dritte dann Einwendungen aus dem Vertrage gegen sich gelten lassen muß (§ 334 BGB). Denn von dem ganzen Vertrage berührt ihn, wenn man dieser Ansicht folgt, doch nur das darin enthaltene abstrakte Schuldversprechen!

Hellwig[269]) zerlegt den Vertrag zu Gunsten Dritter in zwei Teile, das als „Hauptvertrag" bezeichnete Schuldverhältnis zwischen den Vertragsparteien, und den „Sondervertrag", kraft dessen der Versprechende die ihm an sich dem Versprechensempfänger gegenüber obliegende Leistung nicht an den ursprünglichen Gläubiger, sondern an den unbeteiligten Dritten zu erfüllen hat. Hiernach enthält der Sondervertrag also wesentlich eine Änderung des ursprünglichen Hauptvertrages, indem die Pflicht des Versprechenden zur Leistung an seinen Vertragsgegner in eine Verpflichtung zur Leistung an den Dritten umgewandelt wird. Ein solcher Vorgang ist sehr wohl denkbar, z. B. wenn der Verkäufer mit dem Käufer nachträglich[270]) vereinbart, daß die geschuldete Summe an einen Dritten gezahlt werden soll. Aber diese Abänderung kann niemals als wesentlicher Inhalt des Vertragsbildes anerkannt werden. Es wäre gekünstelt, wenn man diese Zweiteilung auch dann annehmen wollte, wenn von vornherein Leistung an den Dritten vereinbart[271]) ist, insbesondere, wenn die Leistung an ihn den Zweck des ganzen Vertrages bildet[272]). Denn dann ist die Pflicht zur Leistung an den Dritten lediglich Inhalt der Leistungsverpflichtung als solcher[273]), hervorgegangen aus dem einen

---

[265]) RGRK. § 328, Anm. 2; Crome, System, II, S. 228.
[266]) R. d. Schverh., S. 174.
[267]) § 258, II, 3.
[268]) S. 5.
[269]) S. 225; ebenso mit abweichender Bezeichnung Seyfferth, S. 35 ff.
[270]) So auch Sieben, Diss. S. 19.
[271]) aaO.; ebenfalls ablehnend Staudinger, Vorb. III zu § 328.
[272]) Vgl. auch Termeer, S. 36.
[273]) Ennecc. § 258, IV, 1.

einheitlichen Vertrage. Eine Verpflichtung zur Leistung an den Versprechensempfänger hat hier niemals bestanden!

Wir müssen also daran festhalten, daß der Dritte den Anspruch auf die Leistung unmittelbar aus dem ohne seine Mitwirkung zwischen dem Versprechensempfänger und dem Versprechenden geschlossenen Vertrage erwirbt[274]), und daß dieser Erwerb lediglich auf dem Willen der beiden Vertragsschließenden[275]) beruht, und für den Dritten eintritt, ohne daß dieser auch nur von dem Abschluß des Vertrages oder dem ihm zugedachten Rechte Kenntnis zu haben braucht[276]).

Was nun den Inhalt dieses Rechtes betrifft, so muß berücksicht werden, daß durch den Vertrag zugunsten Dritter, wie schon bei Schaffung dieses Rechtsinstitutes hervorgehoben[277]) wurde und allgemein anerkannt[278]) ist, eine Zuwendung aus dem Vermögen des Versprechenden an den Dritten in der Weise ermöglicht werden soll, daß die Übertragung des Vermögensgegenstandes zunächst an den Versprechensempfänger und dann von diesem an den Dritten vermieden wird, und daß dem Dritten also auf diesem Wege dasjenige zugewendet werden kann, was nach dem regelmäßigen Vertragstypus an den Versprechensempfänger zu leisten wäre[279]). Infolgedessen kann die Leistung, die der Versprechende auf Grund des Vertrages zu Gunsten Dritter dem Bedachten schuldet, keinen anderen Inhalt haben, als wenn er sie dem Versprechensempfänger schuldete, und ebenso muß das Forderungsrecht, daß der Dritte erwirbt, seinem Inhalte nach dem Forderungsrechte entsprechen, das der Versprechensempfänger ohne den Vertrag zugunsten Dritter selbst hätte. Der Versprechensempfänger kann also z. B., wenn das zwischen ihm und dem Versprechenden bestehende Deckungsverhältnis — es enthält den Rechtsgrund, aus dem der Versprechende die Leistung als solche schuldet, vgl. unten! — ein Kaufvertrag ist, als Verkäufer nur den Anspruch auf den Preis und nicht den Anspruch auf die Kaufsache, dagegen als Käufer nur den Anspruch auf die Kaufsache, aber nicht den Anspruch auf den Preis[280]), also immer nur ein Recht auf die Übereignung desjenigen Gegenstandes zu-

---

[274]) h. M.; vgl. Ennecc. § 258, II; Planck, Vorb. 1 zu § 328; Staud. zu § 328; Oertmann § 328, Anm. 2; RGRK. § 328, Anm. 2; RGZ. 71, 324.

[275]) Oertmann, aaO.

[276]) Schollmeyer, S. 217; Seyfferth, S. 12; RG. 88, 137.

[277]) Protokolle I. S. 755.

[278]) RGRK. § 328, Anm. 1 b; Staudinger, Vorb. I zu § 328; Planck, Vorb. II vor § 328, u. § 328, Anm. 3 b; Warneyer, Vorb. I zu § 328; Oertmann, Vorb. 2 vor § 328; Hellwig, § 7, S. 45; Crome, Schuldrecht, § 179, Anm. 1; Seyfferth, S. 41/42.

[279]) Planck, § 328, Anm. 3 b.

[280]) aaO.

wenden, der bei der normalen Vertragslage an ihn selbst übereignet werden müßte; denn der Vertrag auf Leistung an einen Dritten bildet keine besondere Vertragsart, sondern nur eine Abwandlung der im Deckungsverhältnis enthaltenen regelmäßigen Vertragsform [281]).

Daraus, daß der Dritte also nur einen Anspruch auf eine solche Leistung erwerben kann, wie sie in derselben Weise an den Versprechensempfänger erfolgen könnte, und daß er somit die gleiche Rechtsstellung einnimmt, als wenn ihm jener sein Recht abgetreten [282]) hätte, ergibt sich aber weiter, daß er keinen Anspruch auf Übereignung erwerben kann [283]), wenn der ihm zugedachte Gegenstand im Eigentum des Versprechensempfängers steht [284]). Denn der Versprechende könnte in diesem Falle dem Versprechensempfänger schon mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 306 BGB [284]) nicht zur Verschaffung des Eigentums, sondern nur zu irgendeiner anderen Leistung verpflichtet sein. Will der Versprechensempfänger demnach eine in seinem Eigentum stehende Sache einem Dritten zuwenden, und beauftragt er deshalb den Versprechenden, diese dem Dritten zu übereignen, so kann der Dritte doch nur den Herausgabeanspruch aus § 667 BGB erwerben [285]), und wenn er in der gleichen Absicht dem Versprechenden, z. B. einer Bank, Wertpapiere in Verwahrung gäbe, so könnte der Dritte auch hier keinen Anspruch auf Übereignung, sondern nur den Herausgabeanspruch aus § 695 BGB erwerben [286]), denn er kann dem Dritten durch Vertrag zu seinen Gunsten nur das zuwenden, was er dem Beauftragten oder dem Verwahrer zur Ausführung gibt und nach §§ 667 u. 695 BGB im Regelfalle selbst zurückerhalten würde, und das ist die unmittelbare körperliche Herrschaft über die Sache. —

---

[281]) Planck, Vorb. II vor § 328.

[282]) Vgl. auch Th. Wolff i. Bank-A. 13, S. 195; Sieben, S. 9; sowie Ennecc. § 290, Anm. 12, wo der durch Zession erlangte Herausgabeanspruch dem durch Vertrag zug. Dr. erworbenen gleichgestellt wird.

[283]) Anders Pauli, S. 29 ohne nähere Begründung.

[283a]) So auch Hellwig, § 52, V.

[284]) Vgl. Ennecc. § 253, 2 b u. Anm. 9.

[285]) So auch Planck, § 328, Anm. 3 b; das gleiche gilt i. Falle eines Geschäftsführungsvertrages nach § 675 BGB.

[286]) So auch RG. 98, 279, das bei dieser Sachlage ebenfalls nur einen Herausgabeanspruch „zum Zwecke der Eigentumsübertragung" annimmt; ferner Th. Wolff, aaO.; vgl. auch RG. Recht 1925, Nr. 444 u. unten § 15, bb) am Ende. Auch aus der unmöglichen Rechtslage, die andernfalls entstehen würde, ergibt sich, daß der Dritte hier kein Anspruch auf Übereignung erwerben kann. Durch die Vereinbarung zwischen dem Versprechensempfänger und dem Versprechenden erwirbt der Dritte kein Recht gegen den Zuwendenden, sondern nur ein solches gegen den Versprechenden; er hätte dann also einen Übereignungsanspruch gegen den Nichteigentümer, während den an dem Vertrag teilnehmenden Eigentümer keinerlei Verpflichtung träfe.

Aus alledem folgt, daß, wenn der Versprechensempfänger dem Bedachten einen Gegenstand zuwenden will, der in seinem Eigentum steht, in der mit dem Versprechenden getroffenen Vereinbarung neben dem eigentlichen Vertrag zu Gunsten Dritter noch eine weitere Rechtsbeziehung, nämlich ein Auftrag zur Vornahme der Übereignung, enthalten ist.

3. Die Rechtsbeziehungen der drei Beteiligten untereinander.

Das durch den Vertrag zu Gunsten Dritter begründete Rechtsverhältnis hat drei Seiten: Einmal die zwischen den Vertragsparteien bestehende Kausalbeziehung, das sog. „Deckungsverhältnis" [287]). Es enthält den Rechtsgrund, aus dem der Versprechende die Leistung als solche schuldet, und kann, wie oben schon angedeutet, bereits vor Abschluß des Vertrages zu Gunsten Dritter bestehen. Dann wird dieser selbst abstrakt [288]) zur Erfüllung der im Deckungsverhältnis begründeten Verbindlichkeit abgeschlossen. Das Deckungsverhältnis kann aber auch von vornherein erst durch den Vertrag zugunsten Dritter zur Entstehung kommen und in diesem enthalten sein.

Dagegen ist die Verpflichtung des Versprechenden gegenüber dem Dritten rein abstrakt [289]). Sie beruht lediglich auf dem Vertrage zugunsten Dritter, und eine besondere Kausalbezeichnung zum Dritten besteht nicht [290]).

Der Vertrag bewirkt für den Dritten eine Vermögensvermehrung; wie jede rechtsverbindliche Zuwendung [291]), so setzt auch dieser Erwerb einen Rechtsgrund voraus, d. h. der Versprechensempfänger, welcher in der dem Vertrag zu Gunsten Dritter eigentümlichen Weise [292]) durch den Versprechenden leistet, muß, indem er sich die Leistung an den Dritten versprechen läßt, auch diesem gegenüber einen bestimmten rechtlichen Zweck [293]) verfolgen. Bestimmend für diesen Zweck ist sein Verhältnis zum Dritten. Er kann dessen Schuldner sein und sich durch die Leistung des Versprechenden an ihn von der Schuld befreien [294]), er kann ihm auch auf diesem Wege ein Darlehen gewähren [295]), oder — was in den meisten Fällen beabsichtigt sein wird [296]) —

---

[287]) Staud. Vorb. II zu § 328; RGRK. § 328, Anm. 1.

[288]) Staud. aaO.

[289]) Jung, aaO., § 170; Oertmann, Vorb. 2 vor § 328; Ennecc. § 259, IV; v. Thur, II, 1; S. 219.

[290]) Staudinger aaO.; Oertmann aaO. u. Anm. 2 c zu § 328; RGRK. § 328, Anm. 1; Kirschbaum, S. 20.

[291]) Enneccerus § 259, IV; Crome, System § 74 f.

[292]) Oertmann, Vorb. 2 vor § 328; Gieben S. 10.

[293]) Vgl. Kirschbaum, S. 8.

[294]) Oertmann, aaO., Anm. 2 a; vgl. aber § 329 BGB.

[295]) RGRK. Anm. 3.

[296]) Enneccerus, aaO.

eine Schenkung machen wollen. Diese causae setzen aber stets ein zwischen dem Zuwendenden und dem Dritten bestehendes oder zu begründendes Rechtsverhältnis, eine Vereinbarung über den Rechtsgrund voraus. Dieses sog. „Valutaverhältnis" läßt sich aus der Abrede zwischen Versprechensempfänger und Versprechendem nicht ersehen [297]). Es liegt außerhalb [298]) derselben und muß neben ihr bestehen. Für die Verpflichtung des Versprechenden und für das Recht des Dritten gegen ihn ist es ohne Bedeutung [299]). Dagegen nimmt sein Fehlen oder nachträgliches Wegfallen dem Erwerb des Rechtes und dem auf Grund dieses Rechtes Erlangten die Rechtsverbindlichkeit. Der Versprechensempfänger kann von dem Dritten die Abtretung des Leistungsanspruches und die Herausgabe des bereits daraus Erlangten nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung [300]) verlangen, da der Dritte es als eine mittelbare Leistung des Versprechensempfänger eworben hat, und die materielle Grundlage dieses abstrakten Erwerbes, nämlich eine wirksame Zweckvereinbarung, fehlt. —

Für die Begründung dieser causa sind verschiedene Wege denkbar: Einmal kann der Zuwendende selbst dem Dritten die Schenkung des Zuwendungsgegenstandes versprechen. Dadurch wird aber ein wirksames Kausalverhältnis nur dann begründet, wenn die Formvorschrift des § 518 BGB beobachtet oder die Leistung an den Dritten bereits erfolgt ist. Andernfalls fehlt es wegen des Mangels der vorgeschriebenen Form an einer gültigen Verpflichtung des Zuwendenden, und dieser Formmangel kann nur durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt werden (§ 518, Abs. II). Hieraus ergibt sich die Frage, wann die Schenkung tatsächlich vollzogen ist. Nach Hellwig [301]), dem sich auch Oertmann [302]) ohne weitere Begründung anschließt, ist sie schon vollzogen, sobald der Bedachte gegen den Versprechenden einen unentziehbaren Anspruch [303]) auf die Leistung erlangt hat. Hellwig begründet diese Ansicht mit der dem § 518, Abs. II BGB innewohnenden ratio, den Schenker vor Übereilung zu schützen, andererseits aber auch den Widerruf wegen Formmangels bei der einmal vollzogenen Schenkung auszuschließen. Dieser Gedanke müsse auch beim Vertrage zu Gunsten Dritter Anwendung finden, und zwar nicht erst nach erfolgter Leistung an den Dritten, sondern

---

[297]) Seyfferth, S. 38/39; Oertmann § 328, Anm. 5 c.

[298]) Crome II, S. 225, Anm. 4; S. 228, Anm. 133; Staudinger, aaO.; RGRK. § 328, Anm. 1; Sieben, S. 10, 20; Seyfferth, S. 38; Paula, S. 32; vgl. unten § 13, 2.

[299]) Vgl. Th. Wolff, S. 196.

[300]) RGRK. u. Sieben aaO.; Oertmann, aaO. u. Vorb. II vor § 328, § 331, Anm. 5; Seyfferth, S. 39; Pauli, S. 33.

[301]) § 53, S. 348.

[302]) Vorb. zu § 328, S. 303; § 331, Anm. 5.

[303]) s. oben 1.

schon dann, wenn diesem ein unentziehbarer Anspruch auf die Leistung zustehe.

Von den gleichen Gesichtspunkten geht offenbar auch Crome [304]) aus, wenn er auch zu unserer Frage nicht Stellung nimmt. Er verneint, auf dem Schutzwerk der Formvorschrift des § 518 fußend, die Gefahr der Übereilung bei der Realleistung deshalb, weil der Schenker sich der Tragweite seiner Handlung genügend bewußt sei, wenn er sich des Schenkungsobjektes tatsächlich begebe.

Scheinbar hat sich Hellwig durch solche Erwägungen zu der Annahme verleiten lassen, daß man den Formmangel ganz allgemein für geheilt und das formlose Schenkungsversprechen für wirksam ansehen dürfe, sobald der Schenkende den Willen zur Erfüllung seines Versprechens durch Einleitung des Übereignungsgeschäftes kundgetan, sich z. B. des Schenkungsgegenstandes durch körperliche Hingabe an die Mittelsperson entäußert [305]) habe. Seine Ausführungen wirken jedoch wenig überzeugend, zumal sie im Grunde gar keine Begründung, sondern eine bloße Behauptung enthalten. Darüber hinaus ist die von ihm vertretene Ansicht auch unvereinbar mit der gesetzlichen Vorschrift, denn diese verlangt zur Heilung des Formmangels die Bewirkung der versprochenen Leistung, und aus dem Zusammenhang ergibt sich, daß damit nur die Leistung an den Beschenkten, das dingliche Rechtsgeschäft gemeint sein kann [306]). Die Aushändigung des Schenkungsgegenstandes an den Versprechenden oder die Begründung des Anspruches für den Dritten können also niemals dieselbe Rechtswirkung haben, als wenn der Bedachte den Gegenstand der Zuwendung selbst zu Eigentum erwirbt, denn sie sind reine Vorbereitungshandlungen [307]). Der Formmangel kann nur durch die wirkliche Erfüllung geheilt werden [308]), und dazu gehört unbedingt die „aus der Besonderheit des geschenkten Gegenstandes sich ergebende Übereignungsform“ [309]).

In den meisten Fällen wird sich der Versprechensempfänger zur Begründung des Schenkungsvertrages der Hilfe des Versprechenden bedienen [310]), welcher dann neben der ihm obliegenden Leistung als Bote oder Stellvertreter des Zuwendenden den Abschluß der Schenkungsvereinbarung bewirkt [311]). So-

---

304) System II, § 230, 3.

305) Vgl. RG. JW. 1917, S. 924.

306) So auch Crome, aaO.

307) Ebenso RG. JW. 1904, S. 334; 1917, S. 924; vgl. oben § 3 zu Anm. 29 u. 30.

308) Staudinger § 518, Anm. 7; Soergel, § 518, Anm. 2; vgl. auch Termeer, S. 23.

309) Soergel, aaO.

310) Hellwig, § 52, IV, S. 343.

311) aaO.; vgl. dazu auch Sieben, S. 30, 31.

wohl hier, als auch im Falle eines dem Dritten formlos erteilten Schenkungsversprechens kann aber der Versprechensempfänger bis zur Vornahme der Erfüllungshandlung die Zuwendung an den Bedachten immer noch wieder vereiteln, da dieser sein Recht auf die Leistung bis dahin ohne rechtlichen Grund besitzt.

4. Die Form des Vertrages.

Eine weitere Frage ist, ob der Vertrag zugunsten Dritter, d. h. die zwischen Versprechensempfänger und Versprechendem zu treffende Vereinbarung auf Leistung an den Dritten einer besonderen Form bedarf. Diese Frage ist jedoch zu verneinen, denn das Gesetz hat eine solche nicht vorgeschrieben, und das Valutaverhältnis kann, auch wenn es sich als Schenkung darstellt, auf die Formfrage keinen Einfluß haben, da es, wie wir bereits sahen, außerhalb des Vertrages zu Gunsten Dritter steht. Es kann also hinsichtlich eines etwaigen Formerfordernisses lediglich auf die Eigenart des Geschäftes zwischen den beiden Vertragschließenden ankommen [312]), und es genügt demnach immer die Form, die erforderlich wäre, wenn der Versprechensempfänger sich die Leistung an sich selbst versprechen ließe [313]). Sie muß um so eher genügen, als die Verpflichtung des Versprechenden in ihrem Charakter dadurch, daß die Leistung statt an den Gegenkontrahenten an den Dritten erfolgen soll, nicht berührt wird [314]). Sie bleibt ihrer Natur nach dieselbe, sie bleibt eine solche aus Kaufvertrag, Schenkungsvertrag [315]) usw. Soll ein Grundstück übereignet werden, so bedarf es deshalb der Form des § 313 [316]) BGB, und wenn der Versprechende nichts schuldet, sondern etwas schenken will, und die Leistung nicht an seinen Vertragsgegner, sondern an dessen Gläubiger [317]) verspricht, so liegt ein Schenkungsversprechen vor, das derselben Form unterliegen muß, als wenn die Leistung an den Versprechenden selbst erfolgen sollte.

§ 13.

b). Insbesondere § 331 BGB.

Für unser Thema ist der Spezialfall des § 331, I BGB von besonderer Bedeutung, denn er bestimmt, daß der Dritte, wenn die Leistung an ihn erst nach dem Tode des Versprechensempfängers erfolgen soll, den An-

[312]) Oertmann, Vorb. 4 zu § 328; § 331, Anm. 5; Staudinger § 328, I, 2 c; Planck, Anm. 7; RG. Warn. 1914, Nr. 243; RGZ. 106, S. 1; RG. Gruchot, 64, 350; RG. LZ. 1920, S. 700.

[313]) Staudinger, aaO.; Seyfferth, S. 45.

[314]) Hellwig, S. 68.

[315]) Sieben, S. 18.

[316]) Staudinger, aaO.; Seyfferth, S. 47.

[317]) Staudinger, aaO.; vgl, aber auch § 329 BGB.

[318]) Staudinger, § 331, Anm. 1.

spruch darauf im Zweifel mit dessen Tode erwirbt. Da der Tod des Versprechensempfängers hier Voraussetzung[318] für den Rechtserwerb ist, hat der Dritte bis zu diesem Zeitpunkt kein bedingtes Recht[319]), auch keine Anwartschaft[320]), sondern lediglich eine Hoffnung[321]), eine ungesicherte Aussicht[322]) auf den Rechtserwerb, sodaß die Forderung bis zu diesem Zeitpunkt unbeschränkt im Vermögen des Versprechensempfängers bleibt und dessen Verfügungsmacht unterliegt[323]). Daraus ergibt sich für uns die Frage, inwieweit diese Bestimmung einen nicht erbrechtlichen Erwerb von Todes wegen ermöglicht.

1. Ein unentziehbares Recht des Dritten ist hier stets anzunehmen.

Während die Frage, ob der Dritte überhaupt ein Recht auf die Leistung erwirbt, und wann es ihm anfällt, in § 328 aus den Umständen und dem Zweck des einzelnen Vertrages zu entnehmen ist, enthält § 331 nicht nur — wie es nach seinem Wortlaut den Anschein haben könnte — eine Vermutung für den Zeitpunkt des Rechtserwerbes des Dritten, sondern auch noch eine weitere Vermutung bezüglich der Frage, ob für den Dritten überhaupt ein Anspruch entstehen soll[324]). Das ist aus der Vorschrift des § 330 und den stillschweigenden Voraussetzungen des § 331, I zu entnehmen. In § 330, S. 1 wird ein unmittelbarer Rechtserwerb des Dritten vermutet, wenn in einem Lebensversicherungsvertrage die Zahlung der Versicherungssumme oder Leibrente an ihn vereinbart ist. In beiden Fällen hat der Versicherungsnehmer regelmäßig die Absicht, dem Dritten eine unentgeltliche Zuwendung zu machen[325]). Ebenso kommt nach § 330, S. 2 für den Dritten ein selbständiges Recht zur Entstehung, wenn bei einer unentgeltlichen Zuwendung dem Bedachten eine Leistung an den Dritten auferlegt, oder bei einer Vermögens- oder Gutsübernahme von dem Übernehmer eine Leistung an einen Dritten zum Zwecke der Abfindung versprochen wird. Auch hier handelt es sich in der Regel um eine unentgeltliche Zuwendung an den Dritten[326]). Daraus muß gefolgert werden, daß der für die Auslegungsregel des § 330

---

[319]) Ebenso RGZ. 51, 403; 71, 325.

[320]) Hellwig, S. 217; Oertmann, § 331, Anm. 1 b; RGRK. § 331, Anm. 1; Staudinger § 331, Anm. 1; Planck, A. 1.

[321]) RGRK. Anm. 1; Crome, Schuldrecht, § 180, Anm. 16; Soergel, § 331, Anm. 1; RG. Recht 1925, Nr. 444.

[322]) Endemann, § 30, IV, a, 2.

[323]) RG. JW. 1904, S. 485, Nr. 8.

[324]) Hellwig, § 25, II.

[325]) Jung, § 170, S. 832; Hellwig, aaO.; Planck, § 330, Anm. I b; Sieben, S. 47 u. 15.

[326]) Enneccerus, aaO.

entscheidende Gesichtspunkt die Unentgeltlichkeit des Erwerbes des Dritten [327]) ist, und daß das Gesetz einen unmittelbaren Rechtserwerb für alle Fälle vermutet, in denen dem Dritten durch die Leistung eine unentgeltliche Zuwendung gemacht wird [328]). Diese Vermutung kann nicht dadurch entkräftet werden, daß im Falle des § 331 die Leistung an den Dritten erst nach dem Tode des Versprechensempfängers erfolgen soll, zumal auch hier, wenn der letztere damit eine letztwillige Zuwendung [329]) machen will, — und das ist ja regelmäßig der Fall — die Unentgeltlichkeit des Erwerbes klar zutage tritt. Außerdem setzt § 331, I, indem er eine Vermutung für den Zeitpunkt der Entstehung dieses Rechtes aufstellt, damit stillschweigend die Entstehung dieses Rechtes als Normalfall voraus [330]). Wir dürfen also die Entstehung des Rechtes des Dritten für unser Thema um so eher als Regel [331]) betrachten, als es sich hier stets um eine unentgeltliche Zuwendung handelt, und die an sich schon unwahrscheinliche Möglichkeit, daß der Versprechensempfänger einen Vertrag nach § 331 zum Zwecke der Tilgung einer ihm gegenüber dem Dritten obliegenden Verbindlichkeit abschließt (vgl. § 329 BGB), vollkommen ausscheidet (s. oben § 1).

Hat nun der Erbe die Möglichkeit, dieses Recht des Dritten beliebig wieder aufzuheben?

Solange dessen Recht noch nicht entstanden ist, können die Vertragsparteien durch die Aufhebung oder Änderung des von ihnen geschlossenen Vertrages [332]), welche nach allgemeinen Grundsätzen jederzeit zulässig ist (vgl. auch § 331 Abs. II), die Entstehung des Rechtes vereiteln [333]). Desgleichen kann der Versprechensempfänger, wenn er sich die Befugnis dazu vorbehalten hat, ohne Mitwirkung des Versprechenden an Stelle des im Vertrage benannten Dritten einen anderen setzen (§ 332), und daraus muß geschlossen werden, daß die Bestimmung der Leistung an einen Dritten überhaupt widerrufen werden kann [334]), sodaß das Recht dann dem Versprechensempfänger selbst, bezw. seinen Erben zusteht. Sobald aber das Recht des Dritten erst zur Entstehung gelangte, kann es ohne seine Zustimmung grundsätzlich [335]) nur noch dann

[327]) Ebenso Hellwig, aaO.; Crome, I, S. 225; Enneccerus § 259, I, 2, c; Gieben, aaO.; Termeer, S. 29, 30.

[328]) s. vorige Anm.

[329]) Hellwig, § 24, S. 157, 158, Anm. 320; Gieben, S. 16/17.

[330]) So auch Gieben, S. 16.

[331]) Ebenso Hellwig, aaO.; vgl. auch Fr. Leonhard, Schuldrecht, S. 354.

[332]) Vgl. auch Kipp, S. 135; RGRK zu § 331.

[333]) RGRK. § 328, Anm. 4; § 331, Anm. 1; RG. Recht 1925; Nr. 444.

[334]) Oertmann, § 331, Anm. 4.

[335]) Staudinger § 328, Anm. II, 2 c; Planck, § 328, Anm. 2; Crome, Schuldrecht § 180, 2.

aufgehoben werden, wenn eine solche Befugnis vorbehalten[336]) war; denn der Erwerb war dann schon unter entsprechender Beschränkung[337]), d. h. unter einer auflösenden Bedingung, erfolgt[338]). Ein solcher Vorbehalt ist aber in unserem Falle niemals anzunehmen[339]) (vgl. § 328, II BGB), weil der vom Zuwendenden verfolgte Zweck den Interessen der Erben zuwiderläuft, und der Versprechensempfänger deshalb stets bemüht sein wird, den Bedachten gegenüber den Erben sicherzustellen, indem er den erst mit seinem Tode eintretenden Rechtserwerb unantastbar gestaltet. Dem trägt auch der Abs. II des § 331 Rechnung, indem er die Unwiderruflichkeit des Rechtserwerbes auch für den Fall statuiert, daß der Dritte das Recht noch nicht mit dem Todesfall erwerben kann, weil er zu diesem Zeitpunkt noch nicht geboren ist[340]).

2. Der Erwerb des Dritten findet seinen Rechtsgrund in der einseitigen Erklärung des Versprechensempfängers.

Wie wir bereits oben (vgl. § 12) sahen, ist das dem Bedachten zufallende Recht auf die Leistung abstrakt, und entbehrt daher in sich selbst des rechtfertigenden Grundes. Es bedarf deshalb, um den Erwerb des Rechtes und des Zuwendungsgegenstandes rechtsverbindlich zu gestalten, einer im Verhältnis zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten wirksamen materiellen Grundlage[341]).

Nun pflegt jedoch im Falle des § 331, wo es sich regelmäßig um eine Zuwendung von Todes wegen handelt, eine Schenkungsvereinbarung zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten nicht geschlossen zu werden[342]), eben weil der Zuwendende sich für die Zeit seines Lebens freie Hand sichern und die geplante Zuwendung als eine letztwillige noch vor dem Bedachten geheimhalten[343]) will. Infolgedessen erwürbe der Bedachte hier, wenn man die oben (§ 12, 3) dargelegten allgemeinen Grundsätze zur Anwendung bringen wollte, den Anspruch auf die dem Versprechenden obliegende Leistung zunächst

---

[336]) Kipp in Festschr. S. 135; Hellwig, § 54, S. 354; Staudinger, aaO.; RG. 71, S. 327; OLG. Rspr. 39, S. 139.

[337]) So RGRK. § 328, Anm. 4.

[338]) Oertmann § 328, Anm. 5; Crome, aaO., Anm. 23; die von Oertmann aaO. zit. Entsch. Warn. Rspr. 1925, Nr. 166, S. 222 gehört nicht hierher, da der Zuwendende sich die Verfügungsmacht lediglich für seine Lebenszeit vorbehalten hatte, sodaß der Dritte mit dessen Tode ein unbeschränktes Recht erwarb.

[339]) So auch Termeer, S. 47.

[340]) Vgl. Kipp, aaO.; Oertmann, § 331, Anm. 2; Kluckhohn, S. 121.

[341]) Vgl. RGZ. 98, 279 ff. am Ende; Th. Wolff in Bank-Arch. 21, S. 196.

[342]) Hellwig, § 54, S. 353; Gieben, S. 37, 38.

[343]) Gieben, S. 30; vgl. auch RG. aaO.

ohne rechtlichen Grund, und der Erbe würde unter diesen Umständen natürlich bestrebt sein, ihm das angefallene Recht im Wege der Kondiktion alsbald wieder zu entziehen.

Von einer ganzen Anzahl von Autoren[344]) wird nun aber, ohne daß sich bisher irgendwie dagegen Widerspruch erhoben hätte[345]), behauptet, daß es hier zur Begründung dieses Kausalverhältnisses der Mirtwirkung des Bedachten nicht bedürfe. Eine nähere Begründung dafür geben allerdings nur Hellwig, Gieben und Lehmann. Letzterer begnügt sich damit, festzustellen, daß das BGB entgegen dem Willen seiner Verfasser[346]) durch Schaffung des § 331 BGB das einseitige Versprechen einer Schenkung auf den Todesfall aus dem früheren Recht übernommen habe, indem es hier die Möglichkeit biete, „ohne Abschluß eines Vertrages mit dem zu Beschenkenden" diesem einen Vermögensgegenstand zuzuwenden. Hiermit wird Lehmann aber der Natur des § 331 als Vertrages zu Gunsten Dritter nicht gerecht; er übersieht, daß der Erwerb des Bedachten aus der Vereinbarung zwischen Versprechensempfänger und Versprechendem herrührt, also durchaus nicht auf einseitiger Tätigkeit des Zuwendenden beruht[347]), und daß er rein abstrakt ist. Allein aus der Tatsache, daß der Dritte ohne seine Mitwirkung erwirbt, kann also auf die Möglichkeit einer einseitigen Begründung der Schenkungscausa nicht geschlossen werden.

Hellwig[348]) und Gieben[349]) beufen sich darauf, daß schon nach der gemeinrechtlichen Wissenschaft[350]) und Rechtsprechung der Dritte mit dem Tode des Versicherungsnehmers oder Gutsübergebers das Recht auf die ausbedungene Leistung erworben, und es einer Vereinbarung zwischen ihm und dem Erben nicht bedurft habe. Dieser Standpunkt sei auch in das BGB übernommen worden. Zwar komme er in der Vorschrift des § 331 nicht zum Ausdruck, doch habe die II. Kommission mit der Einfügung dieser Bestimmung die bisherige Praxis gesetzlich sanktionieren wollen. Daß das Recht des

---

[344]) Hellwig, S. 354; Kipp in Festschr. S. 141; Lehmann, S. 89; Gieben, S. 29, 41 ff.; Pauli, S. 29, 32; Seyfferth, S. 50; zweifelnd Oertmann, Vorb. 2 a vor § 328, § 331, Anm. 5; dafür auch Th. Wolff, aaO., der dafür Testamentsform verlangt, sowie scheinbar auch Dernburg, V, § 63, Anm. 11; im Ergebnis auch Danz, S. 213.

[345]) Lediglich in der Entsch. in Bd. 98 läßt das RG die Kondiktion zu, aber nicht, weil der Dritte das Recht aus § 331 ohne rechtlichen Grund erlangt habe, sondern deshalb, weil der damit verfolgte weitere Zweck nicht mehr erreicht werden könne; vgl. weiter unten.

[346]) Motive V, S. 350.

[347]) Vgl. auch Hellwig, S. 256; Overhues, S. 30.

[348]) § 54, II, 2, S. 354.

[349]) S. 40.

[350]) Vgl. die bei Hellwig, Anm. 718 Genannten.

Dritten zu seiner materiellen Wirksamkeit einer besonderen Vereinbarung zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten auch im geltenden Recht nicht bedürfe, zeige sich deutlich in der Vorschrift des Abs. II des § 331.

Diesen eigenartigen Entstehungsgrund des Kausalverhältnisses sucht Hellwig, ausgehend von der oben (§ 12, 2) bereits erwähnten Zweiteilung in Haupt- und Nebenvertrag dann in der Weise zu konstruieren [351]), daß der „Nebenvertrag" hier ein eigenartiges, neben die letztwilligen Rechtsgeschäfte des Testamentes und Erbvertrages tretendes Rechtsgeschäft von Todes wegen sei. Neben dem „Hauptvertrag", dem Geschäft unter Lebenden, stehe in dem „Nebenvertrag" ein Geschäft von Todes wegen, welches sich in Voraussetzung, Form und Wirkung ebenso scharf von der Schenkung, wie von den Vermächtnissen und den Vermächtnisverträgen abhebe, trotzdem aber mit den Vermächtnissen viel Gemeinsames habe. Zu seiner Entstehung sei erforderlich, daß der ausdrückliche Wille des Versprechensempfängers, dem Dritten eine unentgeltliche, letztwillige Zuwendung zu machen, in den Inhalt des Vertrages zu Gunsten Dritter aufgenommen, d. h. eine entsprechende „Vertragsklausel" [352]) in diesen eingefügt werde.

Diese Lösung vermag aber nicht zu befriedigen. Wie auch Sieben [353]) bemängelt, fehlt es an einer Begründung dafür, inwiefern diese Vertragsklausel geeignet sein soll, die sonst erforderliche Vereinbarung zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten über den Zuwendungszweck zu ersetzen. Es ist ein allgemeiner, vom Vertrag zu Gunsten Dritter durchbrochener Grundsatz unserer Rechtsordnung, daß die Vereinbarung der Parteien nur zwischen ihnen selbst Rechtswirkungen erzeugen [354]), und daß jeder rechtsgeschäftliche Erwerb der Mitwirkung des Erwerbers — in Person oder durch einen Stellvertreter bedarf. Die zwischen dem Versprechensempfänger und dem Versprechenden getroffene Vereinbarung könnte deshalb auf das Verhältnis vom Versprechensempfänger zum Dritten nur dann Einfluß gewinnen, wenn man das Rechtsprinzip des Vertrages zu Gunsten Dritter, wonach das Recht des Dritten ohne seine Mitwirkung entsteht, auch auf das Kausalverhältnis zwischen diesen beiden anwenden wollte. Gegen eine solche Ausdehnung seines Anwendungsbereiches sprechen jedoch gewichtige Gründe: Einmal läßt sie der oben bereits erwähnte regelwidrige Charakter dieses Rechtsinstitutes bedenklich erscheinen. Daneben müßte eine solche Analogie aber auch eine sehr erhebliche Verstärkung und Verbreiterung dieses singulären Rechtsprinzips zur Folge haben, und somit über den im Gesetz positiv

---

351) aaO.

352) aaO.; vgl. auch Sieben, S. 44.

353) S. 44, 45.

354) Jung, § 170; Endemann, Schuldrecht I, § 126, I.

festgelegten Rahmen hinausgehen, indem der Dritte, der nach unseren bisherigen Feststellungen [355]) an sich nur ein einzelnes Recht, einen Anspruch erwarb, während ihm dessen Entstehungsgrundlage, das Schuldverhältnis, fremd [356]) blieb, ohne seine Mitwirkung auch noch zum Träger eines zwischen ihm und dem Versprechensempfänger entstehenden Schuldverhältnisses [357]), des Schenkungsvertrages, gemacht werden würde. Das erscheint aber um so weniger möglich, als dieses Kausalverhältnis zwischen dem Zuwendenden und dem Bedachten auch noch völlig außerhalb des mit dem Versprechenden abgeschlossenen Vertrages zu Gunsten Dritter liegt [358]).

Daneben wird Hellwigs Ansicht aber auch den praktischen Verhältnissen nicht gerecht, denn die Parteien werden die Zuwendungsabsicht kaum jemals zum Gegenstande des Vertrages zu Gunsten Dritter machen. Zwar kommt beim Lebensversicherungsvertrag, den Hellwig immer in erster Linie als Beispiel anführt, die Zuwendungsabsicht regelmäßig beim Vertragsschlusse zum Ausdruck; denn er dient, wie oben bereits erwähnt, fast stets der Verwirklichung einer letztwilligen Zuwendung [359]), und deshalb ist schon aus der Tatsache des Vertragsabschlusses allein diese letztere erkennbar. Aber auch hier wird man nur dann annehmen können, daß die Zuwendungsabsicht zum Inhalt des Vertrages gemacht ist, wenn sich besondere Anhaltspunkte dafür ergeben. In der Regel werden die Parteien, wie auch Sieben [360]) bemerkt, nur das zum Gegenstande ihrer Vereinbarung machen, was auf die aus dem Vertrage entstehenden Verpflichtungen von Einfluß ist. Den vom Versprechensempfänger damit verfolgten weiteren Zweck [361]) werden sie nur dann in den Vertrag aufnehmen, wenn dieser Zweck eine nähere Bestimmung der durch den Vertrag begründeten Verpflichtung enthält und somit die Beschaffenheit der geschuldeten Leistung beeinflußt. Im Falle des Vertrages zu Gunsten Dritter ist der dem Dritten gegenüber verfolgte Zweck nun aber ohne jeden Einfluß auf den Vertrag, und deshalb dem Versprechenden häufig garnicht bekannt [362]). Der Versprechende ist hier unter allen Umständen zur Leistung an den Dritten verpflichtet, und dieser kann selbst dann, wenn seinem Recht die materielle Grundlage fehlt, die geschuldete Leistung beanspruchen. Der Zweck der Leistung ist für den Versprechenden also auch vollkommen

---

[355]) Vgl. oben § 12, 2. und unten § 15, aa).

[356]) Vgl. Enneccerus I, 1, § 166, Anm. 7; § 258, III; s. auch Siber, S. 7, 13; v. Thur in LZ. 1918, 883.

[357]) Vgl. Enneccerus, § 225, vor I; § 302, II, 1.

[358]) Vgl. oben § 12, 3.

[359]) Sieben, S. 47.

[360]) aaO.

[361]) Vgl. z. B. § 459 BGB.

[362]) Pauli, S. 18.

gleichgültig, und deshalb ist kaum anzunehmen, daß er ihn in den Vertrag mit dem Versprechensempfänger mit einbezieht.

Demnach könnte man zu dem Ergebnis kommen, daß der Versprechende auch im Falle des § 331 dem Dritten neben der geschuldeten Leistung als Bote oder Stellvertreter des Erblassers die Schenkungsofferte zu übermitteln hat, und daß bis zu diesem Zeitpunkt dem Anspruch die materielle Grundlage fehlt. Hiergegen spricht aber, wie Hellwig richtig hervorhebt[363]), die Bestimmung des § 331, Abs. II, wonach das Versprechen, an den Dritten zu leisten, auch dann, wenn dieser erst nach dem Tode des Versprechensempfängers geboren wird, nur noch bei ausdrücklichem Vorbehalt aufgehoben oder geändert werden kann. Hierin liegt eine dem Schutze des noch ungeborenen Bedachten dienende Einschränkung der oben (1.) behandelten Möglichkeit der Vertragsabänderung. Wenn man nun berücksichtigt, daß eine Vereinbarung zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten über den Zuwendungszweck hier unmöglich ist, weil der Dritte noch garnicht existiert, so wäre zwar das Widerrufsrecht des Versprechensempfängers beschränkt, trotzdem könnte aber dasselbe Ziel, die Vereitelung der Zuwendung, von seinen Erben immer noch mit Hilfe der condictio sine causa verwirklicht[364]) werden. Dann hätte jedoch der Abs. II des § 331 keinerlei Daseinsberechtigung, er wäre sinnlos[365]), weil der durch ihn bezweckte Schutz des ungeborenen Dritten doch nicht erreicht werden könnte. Ebenso wäre auch die Vorschrift des § 332, wonach der Versprechensempfänger an die Stelle des in dem Vertrage bezeichneten Dritten unter gewissen Voraussetzungen auch in einer Verfügung von Todes wegen einen anderen setzen kann, praktisch wertlos, wenn zur rechtsverbindlichen Wirksamkeit dieser Maßnahme nebenher noch eine Vereinbarung mit dem Dritten über die causa getroffen werden müßte. So ergibt sich mit Notwendigkeit die Folgerung, daß eine Mitwirkung des Dritten hier zur Begründung des Kausalverhältnisses nicht erforderlich ist.

Als letzter möglicher Entstehungsgrund für das Kausalverhältnis bleibt dann nur noch die einseitige Erklärung des Versprechensempfängers[366]) bestehen. Diese Lösung ist nicht ganz so abwegig, wie sie im ersten Augenblick vielleicht erscheint, denn das BGB kennt noch einen weiteren Fall einer einseitigen Begründung der causa: das erbrechtliche Rechtsgeschäft von Todes wegen, das Testament. Niemandem wird es einfallen, zu behaupten, daß der als Erbe Eingesetzte oder der Vermächtnisnehmer seine Rechtsstellung ohne

---

[363]) § 54, II, 2.

[364]) Vgl. Oertmann, Vorb. 2 a vor § 328, § 331, Anm. 5.

[365]) aaO.

[366]) Vgl. insbes. Sieben, S. 48/51; ebenso Th. Wolff, S. 196, der dafür Testamentsform verlangt; vgl. unten 3.

rechtlichen Grund innehabe, und daß das von ihm Erworbene deshalb kondizierbar sei. Der alleinige Wille des Erblassers, dem Bedachten eine letztwillige, erst nach seinem, des Erblassers, Tode wirksam werdende Zuwendung zu machen, bewirkt hier nicht nur den Anfall des Rechtes, sondern bringt auch die materielle Grundlage desselben, den Rechtsgrund, zur Entstehung, nämlich seine Eigenschaft als Zuwendung von Todes wegen. Jene Eigenschaft ist aber auch beim Vertrage zu Gunsten Dritter von Todes wegen im Verhältnis zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten gegeben, und es erhebt sich deshalb die Frage, ob man nicht auch hier analog zum Testament die einseitige Begründung des causa zulassen muß.

Bei der Gegenüberstellung des Vertrages zu Gunsten Dritter gemäß § 331 BGB mit den erbrechtlichen Instituten fällt seine Ähnlichkeit[367]) mit dem Vermächtnis ins Auge: In beiden Fällen wird für den Bedachten ohne seine Mitwirkung ein obligatorisches Forderungsrecht begründet (§§ 331, 2174 BGB), in beiden Fällen entsteht dieses Recht unmittelbar mit dem Tode des Zuwenders (§§ 331, 2176) und gilt im Falle seiner Ausschlagung[368]) als nicht erworben (§§ 333, 2180, 1953), in beiden Fällen dient es der Verwirklichung einer letztwilligen Zuwendung. Andererseits zeigen sich allerdings auch wesentliche Unterschiede: Beim Vermächtnis verspricht derjenige, mit dessen Tode das Recht entstehen soll, und der Anspruch des Bedachten richtet sich gegen seine Erben. In § 331 dagegen läßt[369]) sich der Zuwendende das Versprechen geben, und das Recht des Dritten richtet sich nicht gegen ihn, bezw. seine Erben, sondern gegen den Versprechenden. Der Vermächtnisbeschwerte wird von jeder Leistungspflicht frei, wenn der mit dem Vermächtnis Bedachte ausschlägt. Weist dagegen der Dritte gemäß § 333 das erworbene Recht zurück, so gilt lediglich sein Recht als nicht erworben; die Leistungspflicht des Versprechenden bleibt erhalten, und das Recht auf die Leistung steht dem Erben des Versprechensempfängers zu. Der Anspruch des Bedachten kommt beim Vermächtnis gleichzeitig mit der causa durch denselben einheitlichen Akt zur Entstehung, und die causa liegt ebenfalls in dem Verhältnis zum Zuwendenden. Dagegen entsteht er im Falle des § 331 durch den Vertrag zwischen dem Versprechensempfänger und dem Versprechenden, während der materielle Rechtsgrund hier in dem Verhältnis des Versprechensempfängers zum Dritten liegt. Endlich beruhen beim Vermächtnis Anspruch und causa beide auf der Verfügung von Todes wegen, während im Falle des § 331 das abstrakte Recht des Bedachten, wenn auch erst mit dem Tode des Zuwenders, so doch aus einem Vertrage unter Leben-

---

[367]) RG. 88, S. 137; Seyfferth, S. 17; Sieben, aaO.
[368]) Seyfferth, aaO.
[369]) Vgl. Hellwig, § 82, III; Seyfferth, S. 18/19.

den[370]) entsteht, welcher bereits mit seinem Abschluß unter den Parteien Rechtswirkungen hervorruft, wie jeder andere Vertrag, insbesondere dem Versprechenden eine Rechtspflicht von sofortiger Wirksamkeit auferlegt, und nur die causa des Erwerbes des Dritten ein Rechtsgeschäft von Todes wegen darstellt und dem Erwerb die Eigenschaft einer letztwilligen Zuwendung verleiht.

Diese Trennung des obligatorischen Forderungsverhältnisses von dem Kausalverhältnis hat aber, ebenso wie der Unterschied in der Entstehung dieser beiden Verhältnisse, und der Unterschied in ihrem Wesen als Rechtsgeschäft unter Lebenden einerseits und Rechtsgeschäft von Todes wegen andererseits, seine Ursache in der besonderen Eigenart des Vertrages zu Gunsten Dritter, in seinem Charakter als dreiseitiges Rechtsverhältnis, und beruht im wesentlichen auf der Verschiedenheit der Personen des Forderungsverhältnisses und des Kausalverhältnisses[371]). Auch die übrigen Abweichungen lassen sich darauf zurückführen. Deshalb kann aus ihnen auch keine wesentliche Verschiedenheit des formell und materiell begründeten Rechtes des Dritten von dem des Vermächtnisnehmers gefolgert werden. Vielmehr müssen, wie auch Gieben[372]) annimmt, die wesentlichen, beiden Rechten gemeinsamen Eigenschaften deren rechtliche Gleichstellung bewirken. Gemeinsam ist aber vor allem das Forderungsrecht des Bedachten und die causa der Zuwendung. Da nun diese causa bei den letztwilligen Verfügungen mit Ausnahme des Erbvertrages streng einseitig zur Entstehung gelangt, muß dasselbe m. E. im Falle des § 331 gelten.

Daß das Gesetz durch die Vorschrift des § 331, Abs. II und des § 332 selbst auf diese Lösung hinweist, wurde oben bereits festgestellt. Aber auch das RG hat sich in seiner Entscheidung im 88. Bande[373]) diesen Gedanken offenbar zu eigen gemacht: Die Erben des Versprechensempfängers hatten hier gegenüber dem vom Vorderrichter angenommenen Vertrage gemäß § 328 f. eingewandt, daß es an einem Kausalverhältnis zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dr. fehle, letzterer also ohne rechtlichen Grund bereichert sei. Der erkennende Senat erklärt diesen Einwand für unbegründet. Wenn auch

370) Anderer Ansicht zu Unrecht Pauli, S. 34, der in § 331 ein Rechtsgeschäft von Todes wegen erblickt, weil das Recht des Dritten erst mit dem Tode des Versprechensempfängers entstehe. Maßgebend ist aber doch nicht der Zeitpunkt des Anfalles, sondern der Entstehungsgrund; dieser ist ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, welches in seinem Wesen durch den gegenüber dem Bedachten verfolgten Zweck nicht berührt wird. Wie oben Kipp, S. 137; Bayr. Ob. Lg. in Recht 1905, Nr. 19, S. 15; Danz, ebenda S. 91; RGRK, § 330, Anm. 2; Oertmann, § 331, Anm. 5; Overhues, S. 27.

371) Vgl. Gieben, S. 49.

372) aaO.

373) S. 137, Urt. III. Sen. v. 25. Febr. 1915.

seine anschließenden Erwägungen auf einer Verwechselung des Valutaverhältnisses mit dem Deckungsverhältnis beruhen, und deshalb unverständlich sind, so zeigen doch die späteren Ausführungen zur Genüge, daß er hier dem bedachten Dritten ohne dessen Mitwirkung auch das materielle Recht auf die Zuwendung zuerkennen will. Denn er hebt die große Ähnlichkeit der auf den Todesfall zugunsten Dritter geschlossenen Verträge mit den Vermächtnissen hervor, und lehnt die Anwendbarkeit der Formvorschrift des § 518 BGB mit der Begründung ab, daß die Zuwendung keine solche unter Lebenden sei, weil sie erst mit dem Tode des Zuwenders wirksam werde. Wenn er dann weiter ausführt, daß der Dritte bei Eintritt des Todesfalles auch ohne Kenntnis des Vertrages ein unentziehbares Recht erwerbe, so ergibt sich unter Berücksichtigung des Umstandes, daß die Möglichkeit der Kondiktion von ihm schon einleitend verneint wurde, mit Notwendigkeit die Folgerung, daß man hier den einseitigen Willen des Versprechensempfängers, eine letztwillige Zuwendung zu machen, als materielle Grundlage des abstrakten Rechtes genügen ließ.

Nicht vereinbar hiermit erscheint zunächst das Urteil des RG in Band 98 [374]), denn dort wird die Kondiktion des Anspruches des Bedachten trotz Vorliegens des Tatbestandes des § 331 BGB zugelassen. Bei näherem Zusehen ergibt sich jedoch, daß der zugrundeliegende Sachverhalt durchaus nicht der gleiche ist: In der früheren Entscheidung wendete der Erblasser durch Vertrag mit einer Bank dem Bedachten 5000 Mk. von seinem Bankguthaben zu; hier dagegen handelt es sich um Wertpakiere aus einem Depot, die bis zum Tode des Zuwendenden in dessen Eigentum verblieben. Der Klage der Erben auf Einwilligung in die Herausgabe zum Nachlaß wurde hier stattgegeben mit der Begründung, daß die Bedachten an den hinterlegter Papieren bisher kein Eigentum erworben hätten und dieses gegen den Willen der Erben auch nicht mehr erwerben könnten, sodaß ihr Anspruch auf Herausgabe der Papiere, der ihnen nach Lage der Sache zu einem ganz bestimmten Zweck, nämlich zur Übertragung des Eigentumes, eingeräumt sei, wegen der Unerreichbarkeit dieses Zweckes des rechtlichen Grundes entbehre.

Demnach handelt es sich hier also nicht, wie Th. Wolff [375]) annimmt, um eine condictico sine causa, sondern um die condictio ob causum datorum [376]). Ob der Entscheidung in ihrem Ergebnis zuzustimmen ist, wird weiter unten noch zu erörtern sein [377]). —

---

[374]) S. 279 ff.; Urt. d. IV. Sen. v. 29. März 1920.
[375]) In Bank-Arch. 21, S. 196.
[376]) Vgl. Enneccerus, § 444, I.
[377]) Vgl. unten § 15, cc).

3. Die einseitige Erklärung des Versprechensempfängers über den Rechtsgrund bedarf keiner besonderen Form.

Es erhebt sich nun die Frage, ob jene einseitige letztwillige Erklärung des Versprechensempfängers, die das Kausalverhältnis zum Dritten begründet, in Anbetracht des Umstandes, daß dieses dem in den letztwilligen Verfügungen des Erbrechtes enthaltenen Grundverhältnis völlig gleichgeartet ist, zu ihrer Wirksamkeit nicht der gleichen Form bedarf, wie sie für jene erbrechtlichen Rechtsgeschäfte vorgeschrieben ist.

Gegen die Bejahung eines solchen Formerfordernisses sprechen jedoch gewichtige Gründe:

Wie auch Sieben [378]) mit Recht hervorhebt, sind die Rechtswirkungen, die durch Testament und Erbvertrag herbeigeführt werden können, in den §§ 1936—1941 BGB ausschließend aufgeführt, sodaß eine Aufnahme unseres Rechtsgeschäftes unter den Inhalt der in den Formen des Testamentes oder des Erbvertrages zugelassenen Verfügungen und damit die Ausdehnung der dafür geltenden Formvorschriften auf andere Verfügungen letztwilligen Charakters unzulässig erscheinen muß.

Hinzukommt, daß die Tragweite unserer einseitigen Erklärung bedeutend geringer, ihre rechtsgestaltende Wirkung erheblich schwächer ist, als bei jenen erbrechtlichen Verfügungen, wo neben der causa durch denselben einheitlichen Akt auch noch der Anfall des Eigentums am Zuwendungsgegenstand (§§ 1937, 1922 BGB) oder der schuldrechtliche Anspruch gegen den Beschwerten (§§ 1939, 2147) oder die Leistungspflicht des Beschwerten (§§ 1940) zur Entstehung gelangen; denn hier ist diese Grundlage für die Entstehung des — abstrakten — Rechtes des Bedachten bereits durch Vertrag unter Lebenden, durch die Vereinbarung zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger geschaffen [379]).

Wenn man aber, wie es verschiedene Autoren zur Verhinderung einer Gesetzesumgehung verlangen, annehmen wollte, daß das Kausalverhältnis nur im Wege eines Vermächtnisses [380]) oder analog der Vorschrift des § 2301 I BGB [381]) unter Einhaltung der hierfür vorgeschriebenen Formen wirksam begründet werden könne, so würde dieser Weg weit über das Ziel, die Begründung der causa, hinausführen, denn der Bedachte erwürbe auf diese Weise noch einen zweiten Anspruch auf die Leistung, und zwar gegen den Erben selbst. Das kann aber unmöglich dem Sinne des § 331

[378]) S. 55.

[379]) Vgl. oben zu Anm. 370).

[380]) So Th. Wolff, S. 196/97; Pauli, S. 31, 32, 36 für Gegenstände, die bis zum Tode des Versprechensempfängers in dessen Eigentum standen.

[381]) So Lehmann, S. 91.

BGB entsprechen, es wäre ihm vielmehr jede Daseinsberechtigung abzustreiten[382]), weil das vom Zuwendenden erstrebte Ziel dann durch das Vermächtnis allein schon viel einfacher und sicherer verwirklicht werden könnte, als auf dem Umwege über den Vertrag zu Gunsten Dritter, indem der Erbe hier bereits selbst zur Vollziehung der Zuwendung rechtlich verpflichtet wäre.

Endlich enthält auch § 332 BGB, wonach der Versprechensempfänger, wenn er befugt ist, an die Stelle des in dem Vertrag benannten Dritten einen anderen zu setzen, diese Maßnahme in Zweifel auch in einer Verfügung von Todes wegen durchführen kann, keinerlei Anhaltspunkte für die Bejahung der vorliegenden Frage, denn er gibt keine Formvorschrift, und die Benennung des Dritten ist nicht selbst eine letztwillige Zuwendung, sondern nur die Ausübung des im Vertrage zu Gunsten Dritter dem Versprechensempfänger vorbehaltenen Rechts der Einsetzung eines anderen Berechtigten, die in Form einer letztwilligen Verfügung erfolgen kann[383]).

So hat denn auch das RG[384]) ausdrücklich hervorgehoben, daß für den Rechtsgrund dieser unentgeltlichen Zuwendung, die dem Dritten durch den Versprechensempfänger zuteil wird, die Formvorschrift des § 518 BGB nicht zur Anwendung komme, weil die Zuwendung erst mit dem Tode des Zuwenders wirksam werden solle, und daß es irgendeiner besonderen Form überhaupt nicht bedürfe. Ebenso hat es an anderer Stelle[385]) ausgesprochen, daß es sich hier nicht um ein dem Dritten gegenüber abgegebenes oder an diesen gerichtetes Schenkungsversprechen handele, sodaß hier weder die Formvorschrift des § 518, noch die des § 2301 BGB Anwendung finden könne; vielmehr bedürfe es trotz der Unentgeltlichkeit der dem Dritten zufallenden Leistung niemals der Einhaltung einer besonderen Form. —

Daß diese Auffassung allein der Eigenart des § 331 gerecht wird, wurde oben bereits dargelegt. Daneben ist auch zu berücksichtigen, daß die für das Schenkungsversprechen und die erbrechtlichen Verfügungen von Todes wegen bestehenden Formvorschriften Ausnahmen von dem das BGB beherrschenden Grundsatz der Formfreiheit sind, sodaß ihre analoge Ausdehnung auf das vorliegnde Rechtsgeschäft um so bedenklicher erscheinen muß, als hier auch noch jene Gesichtspunkte versagen, die dem Gesetzgeber bei jenen Rechtsgeschäften zur Einführung besonderer Formvorschriften Anlaß boten. Denn ein Schutz für den Versprechensempfänger vor Übereilung (vgl. § 516 BGB)[386]) ist — ganz abgesehen davon, daß es sich hier nicht um

---

382) So auch Termeer, S. 50.
383) Vgl. Staudinger, § 332, Anm. 2; Oertmann, § 332, A. 2.
384) Bd. 88, 137.
385) Bd. 106, S. 1.
386) Vgl. auch Seyfferth, S. 49; Termeer, S. 27.

den Rechtserwerb des Dritten, sondern nur um die causa dieses Erwerbes handelt — kaum erforderlich, weil die von ihm erstrebten Rechtswirkungen erst mit seinem Tode eintreten und er bis zu diesem Zeitpunkt dem Bedachten gegenüber nicht beschwert ist, seine Maßnahmen auch noch wieder rückgängig machen kann [387]). Ferner erscheint auch aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit keine besondere Form notwendig, weil über den Gegenstand der Zuwendung und die Person des Bedachten — Umstände, die bei den erbrechtlichen Verfügungen nur bei Einhaltung der vorgeschriebenen Formen klargestellt werden können, weil derjenige [388]), der eigentlich an erster Stelle und in vielen Fällen allein in der Lage wäre, über etwa entstehende Zweifel Auskunft zu geben, nicht mehr lebt, und seine Erben, die über die Sachlage möglicherweise Auskunft geben könnten, selbst in höchstem Maße interessiert sind, unparteiische Zeugen aber meistens fehlen — hier bereits durch den Vertrag mit dem Versprechenden, für den es gleichgültig ist, ob er die geschuldete Leistung an die Erben des Versprechensempfängers oder entsprechend der Vereinbarung mit diesem an den Dritten erfüllen muß, mit genügender Sicherheit bestimmt sind; denn hier kann der Versprechende als unparteischer Zeuge über den Inhalt der Vereinbarung Auskunft geben. Über die den Dritten gegenüber verfolgte Absicht einer letztwilligen Zuwendung aber und damit über die causa dürften kaum jemals Zweifel auftauchen [389]).

§ 14.

c). Die dingliche Erfüllung des Vertrages gemäß § 331 BGB.

Wie oben [390]) bereits in einem anderen Zusammenhang hervorgehoben wurde, bedarf es zur Erfüllung der schuldrechtlichen Verpflichtung des Versprechenden dem Dritten gegenüber eines Rechtsgeschäftes, dessen Form und Inhalt sich aus der Besonderheit des dem Dritten zugewandten Gegenstandes [391]) ergibt. Hierbei sind nun noch, wie ebenfalls schon hervorgehoben wurde [392]), zwei verschiedene Rechtslagen [393]) zu unterscheiden:

Entweder hat der Versprechende einen Gegenstand zu leisten, der sich bis zur Erfüllung in seinem, des Versprechenden, Vermögen befindet; so z. B. wenn er die von ihm aus einem gegenseitigen Vertrag geschuldete Sache (den

[387]) s. oben S. 54, 55.
[388]) Vgl. Termeer, S. 28.
[389]) Vgl. auch Melsheimer, S. 54.
[390]) Oben § 12, 3.
[391]) Vgl. oben § 3 am Ende.
[392]) Oben § 12, 2., S. 67/69.

Kaufgegenstand oder Kaufpreis, die Versicherungssumme) an den Dritten übereignen oder ein Sparguthaben an ihn auszahlen soll (s. unten 1.).

Oder der Gegenstand der Zuwendung steht bis zum Eintritt des Todes des Versprechensempfängers in dessen Eigentum; so wenn er bei dem Versprechenden Wertpapiere oder sonstige bewegliche Sachen hinterlegt oder in Verwahrung gegeben und mit ihm vereinbart hat, daß sie nach seinem Tode dem Dritten übereignet werden sollen, oder wenn der Versprechende eine dem Versprechensempfänger zustehende Forderung nach dessen Tode dem Dritten abtreten, eine gegen den Dritten bestehende Forderung diesem erlassen, oder ihm ein auf den Namen des Versprechensempfängers eingetragenes Grundstück übereignen soll (unten 2.).

Welche Stellung nimmt nun in diesen Fällen der Zuwendungsgegenstand zum Nachlaß des Versprechensempfängers ein, und welchen Einfluß haben dessen Erben auf die dingliche Erfüllung?

1. Bei Leistung aus dem Vermögen des Versprechenden.

Hier verfügt der Versprechende im eigenen Namen und über *sein* Eigentum; die Sache, die dem Dritten übereignet werden soll, gehört also nicht zum Nachlaß des Versprechensempfängers, und kann infolgedessen auch niemals der Verfügungsmacht seiner Erben unterliegen. Im Vermögen des Versprechensempfängers befinden sich zu dessen Lebzeiten, solange der Dritte also noch kein Recht auf die Leistung erlangt hat, lediglich sämtliche aus dem *schuldrechtlichen* Vertrage[394]) erwachsenen Rechte, insbesondere das Forderungsrecht gegen den Versprechenden[395]), das seinerseits in einem Anspruch auf Übereignung des geschuldeten Gegenstandes besteht. Dieses Forderungsrecht, das hier also den eigentlichen Zuwendungsgegenstand[396]) darstellt, weil es das Einzige ist, was der Versprechensempfänger aus *seinem* Vermögen[397]) dem Dritten letztwillig zuwendet, geht mit sei-

---

[393]) Vgl. auch Oertmann, § 331, Anm. 5; Hellwig, § 52, V; Lehmann, S. 83; Th. Wolff, aaO., S. 195.

[394]) Planck, § 331, 1 a; Kirschbaum, S. 11; anders F. Leonhard in Anm. 7 zu § 2301 BGB, wonach der Dritte das Recht i. Zw. erst mit dem Tode des Versprechensempfängers erwirbt, der letztere das Recht jedoch schon durch den Vertragsschluß selbst aus seinem Vermögen ausscheidet; demnach bestünde bis zum Eintritt seines Todes überhaupt kein Recht, denn ein Anspruch ohne Berechtigten ist undenkbar! Vgl. auch oben § 13, 1., Abs. 2 über die Änderungsbefugnis des Versprechensempfängers, die sich allein daraus erklärt, daß alle Rechte aus dem Vertrage noch ihm selbst zustehen, sich also in *seinem* Vermögen befinden.

[395]) Danz, S. 216.

[396]) Vgl. auch Joseph, S. 322; Netter, S. 308.

[397]) Vgl. auch Bayr. Ob. LG. in Recht 1904, Nr. 9, S. 15.

nem Tode auf den Dritten über. Der Erwerb des Dritten erfolgt aber, wie jetzt für die Lebensversicherung auch gesetzlich[398]) (§ 167 VVG) festgelegt ist, nicht aus dem Nachlaß[399]. Vielmehr scheidet der Anspruch mit dem Tode des Zuwenders ohne weiteres aus dessen Vermögen aus[400]), gelangt also garnicht in den Nachlaß, der allein das nach dem Tode des Erblassers vorhandene Vermögen umfaßt, und fällt dem Dritten „unmittelbar" [401]) auf Grund des zwischen dem Erblasser und dem Versprechenden abgeschlossenen Vertrages zu[402]).

Das gilt für den Anspruch auf die Lebensversicherungssumme ebenso, wie für das Guthaben bei einer Bank oder Sparkasse[403]) und jeden anderen Vertrag zu Gunsten eines Dritten, bei dem der Versprechende die Leistung aus seinem Vermögen (Eigentum) zu bewirken hat. In den Nachlaß des Versprechensempfängers gelangt in allen diesen Fällen lediglich sein Anspruch auf Leistung an den Dritten[404]); dieser hat aber für die Erben keinerlei materiellen Wert.

Die Erfüllung aus dem Vermögen des Versprechenden bietet demnach, wie auch die beiden Entscheidungen des RG in Band 88[405]) und 106[406]) zeigen, keine besonderen Schwierigkeiten, zumal die Erben ja zu einer willkürlichen Vereitelung der Leistung keine Handhabe mehr besitzen.

Recht zahlreich[407]) sind hier, wie schon die umfangreiche Rechtsprechung[408]) beweist, neben den Lebensversicherungen zu Gunsten Dritter die Zuwendungen von Sparguthaben. Dabei herrscht nun Unklarheit über eine Frage, die, wenn sie auch nicht unmittelbar die Vertragserfüllung betrifft, doch aus Gründen der Zweckmäßigkeit an dieser Stelle erörtert werden muß: ob nämlich schon dadurch ein Vertrag zu Gunsten Dritter oder eine unmittelbare Begründung eines dinglichen Rechtes, Forderung mit Spar-

---

398) Vgl. auch Bruck, § 167, Anm. 3.

399) Vgl. Jung, §§ 170, 306, S. 833, 1103; Planck, aaO.; Rg. 51, 403; 62, 259; 71, 325; 80, 175; Staudinger, § 331, A. 1.

400) Staudinger, § 330, I, 3 a; Dernburg, § 63, Anm. 11; Danz, S. 216; Termeer, S. 57.

401) Staudinger, aaO.; RGRK. § 330, Anm. 3; Soergel, § 330, Anm. 6; Oertmann, § 331, Anm. 5; Crome II, S. 225, Anm. 9; Hellwig, § 54, S. 355; Endemann, § 30, III, c; Enneccerus, § 259, I, 2 a; RG. aaO.; RG. Recht 1920, Nr. 606.

402) Danz, in Recht 05, S. 91.

403) Staudinger, § 331, Anm. 1; Jung, aaO.; vgl. auch RG. 88, 137; 106, 1.

404) § 335 BGB; vgl. Planck, aaO.; Kipp, S. 137; Termeer, S. 59.

405) S. 137.

406) S. 1.

407) Vgl. auch Danz, S. 220.

408) Vgl. unten.

kassenbuch zustandekommt, daß der Zuwendende bei der Begründung des Kontos das Sparbuch auf den Namen des Bedachten ausstellen läßt.

Der in dem Buche als Gläubiger Bezeichnete könnte auf diesem Wege unzweifelhaft einen Anspruch gegen die Sparkasse erwerben; trotzdem wäre aber noch nicht notwendig ein Vertrag zu seinen Gunsten gegeben, denn der Einzahlende könnte ja auch als Vertreter für ihn handeln [409]). Nun ist es aber bestritten, ob der Benannte durch die Einzahlung auf seinen Namen allein überhaupt berechtigt wird.

v. Thur [410]) geht davon aus, daß es auf die Herkunft des eingezahlten Geldes grundsätzlich nicht ankomme. Die Willenserklärung des Einzahlenden müsse von der Sparkasse dahin verstanden werden, daß er die Forderung der im Buch genannten Person verschaffen wolle. Dabei sei ein Vertrag zu Gunsten Dritter anzunehmen, wenn es sich um Geld des Einzahlenden handele, dagegen Vertretung, wenn die Einzahlung aus Mitteln des als Gläubiger Benannten folge.

Joseph [411]) will den Einzahlenden stets als Vertreter ansehen, setzt aber voraus, daß die Sparkasse davon Kenntnis nimmt, daß der Einzahlende die Zahlung für einen Anderen leistet.

Enneccerus [412]) hält den durch das Buch Bezeichneten für berechtigt, weil daraus, daß das Buch auf seinen Namen ausgestellt werde, zu entnehmen sei, daß der Einzahlende als Vertreter oder zu Gunsten des im Buch Bezeichneten den Vertrag schließe. Staudinger [413]) fügt dem noch hinzu, daß die Sparkasse im allgemeinen an der Person des Gläubigers kein Interesse habe, sodaß sich auf ihrer Seite in der Regel eine bestimmte Willensrichtung weder für die Annahme eines unmittelbaren Rechtes des Dritten, noch dagegen feststellen lasse. So müsse im Zweifel der Wille des Einzahlenden maßgebend sein, der durch die Benennung des Dritten den Willen bekunde, diesem unmittelbar ein Recht einzuräumen.

Jung [414]) läßt den Benannten ebenfalls ohne weiteres berechtigt werden, und dieselbe Ansicht wird auch in verschiedenen Entscheidungen [415]) vertreten.

---

[409]) Vgl. v. Thur in LZ. 1918, S. 883; Joseph in Recht 20, S. 115; Enneccerus, § 362, II, 1; Danz, S. 221.

[410]) aaO.; S. 881 ff.; ebenso Matthießen in LZ. 1919, Sp. 973.

[411]) aaO. S. 118.

[412]) § 362, II, 1.

[413]) § 328, Anm. II, 2, a.

[414]) § 170, S. 833.

[415]) Kg. Rspr. OLG. 22, 158; 27, 130; RG. Gruchot 62, 242; RG. LZ. 1918, 391; mit Einschränkungen auch RG. 105, 398; in RG. Warn. Rspr. 1916, Nr. 74 wird die Frage offen gelassen.

Danz[416]) und Oertmann[417]) dagegen gehen davon aus, daß der an die Sparkasse Einzahlende regelmäßig den Zweck verfolge, Gelder verzinslich für sich anzulegen, und ebenso vertreten Soergel[418]) und RGRK[419]) unter Hinweis auf die ihnen günstigen Entscheidungen[420]) die Ansicht, daß die Ausstellung auf den Namen eines Dritten allein noch nicht beweise, daß der Dritte Gläubiger sein solle.

Dieser letzteren Ansicht ist m. E. zuzustimmen. Solange nicht besondere Umstände[421]) hinzukommen, die darauf hindeuten, daß die Anlegung für eine dritte, mit dem Darlehensgeber nicht identische Perso erfolgen soll, ist dieses grundsätzlich nicht anzunehmen. Denn im Regelfalle will der Einzahlende die aus seinem Vermögen stammenden Mittel für sich selbst anlegen[422]), und ebenso wird man auf Seiten der Sparkasse, für die der Name zunächst nur Mittel zur Kennzeichnung des Sparkontos[423]) ist, regelmäßig voraussetzen müssen, daß auch sie mit derjenigen Person den Darlehensvertrag schließen will, die ihr in Wirklichkeit das Darlehen gewährt[424]). Daß ihr die Person des Gläubigers regelmäßig gleichgültig ist, und daß sie einen solchen Darlehensvertrag auch mit dem Benannten abschließen würde, kann nicht genügen, um bei dem von uns vorausgesetzten Sachverhalt einen Rechtserwerb dieses Benannten als gewollt anzunehmen.

Aber auch dann, wenn man ihn als den Berechtigten ansehen wollte, bliebe doch noch die Frage offen, ob sein Gläubigerrecht auf einem Vertrage zu Gunsten Dritter beruht. Dies ist von besonderer Bedeutung, weil die dem § 331 BGB eigentümlichen Rechtswirkungen, insbesondere auch die einseitige Begründung der causa, z. B. niemals eintreten können, wenn man wie Joseph[425]) stets ein Stellvertretungsverhältnis für vorliegend erachten wollte.

Auch hier hat jedoch das oben Gesagte entsprechend zu gelten. Der Vertrag zu Gunsten Dritter ist eine Ausnahme von dem Erfahrungssatz, daß die Parteien Rechtsbeziehungen im allgemeinen nur untereinander, nicht

---

[416]) S. 222.

[417]) § 330, Anm. 4.

[418]) § 328, Anm. 2.

[419]) § 328, Anm. 3.

[420]) Vgl. Rg. 60, 141; 73, 220; 106, 1; RGJW. 1907, S. 73; RG. Warn. 1912, Nr. 197; 1916, Nr. 75; Rspr. OLG. 21, 218; OLG. Kiel (I. Sen. Urt. v. 5. Dez. 1918) in LZ. 1919, Sp. 972/73.

[421]) Vgl. Danz, S. 221; RG. LZ. 22, 649; Rspr. OLG. 26, 263.

[422]) Vgl. auch LZ. 1919, Sp. 972.

[423]) Vgl. auch RG. Warn. 1912, Nr. 197.

[424]) So auch RG. 73, 220; RGSt. 43, 18; RG. Warn. 1916, Nr. 75; 1913, aaO.

[425]) Vgl. oben zu Anm. 416.

aber für einen außerhalb des Vertragsverhältnisses stehenden Dritten zu begründen pflegen. Man muß deshalb verlangen, daß diese Ausnahme beim Vertragsschluß klar zum Ausdruck kommt, d. h., daß die Verpflichtung zur Leistung an eine von den Vertragsparteien verschiedene Person eindeutig erkennbar zum Bestandteil des Vertrages gemacht ist. Eine solche Vereinbarung läßt sich aus der Ausstellung des Buches auf den Namen des Dritten allein nicht entnehmen.

Zur rechtswirksamen Zuwendung eines Sparguthabens an den Bedachten genügt es also nicht, wenn der Zuwendende das Buch auf den Namen des Bedachten ausstellen läßt [426]) und dieses dann in seinem Besitz behält; in diesem Falle steht das Forderungsrecht dem Einzahlenden [427]) zu und geht mit seinem Tode auf die Erben über, während der Bedachte leer ausgeht. Dagegen ist ein gültiger Vertrag gemäß § 331 BGB z. B. dann gegeben, wenn der Einzahlende mit der Sparkasse vereinbart, daß er, solange er lebe, berechtigt sei, Kapital und Zinsen ohne Zustimmung des „Bucheigentümers" (so RG 106, S. 1) abzuheben oder sonst darüber zu verfügen [428]); denn hier kommt deutlich zum Ausdruck, daß die Leistung, wenn nicht nachträglich eine Änderung vorgenommen wird, an eine von dem Darlehensgeber verschiedene Person erfolgen soll. —

§ 15.

2. Bei Leistung aus dem Eigentum des Versprechensempfängers.

Das Vermögen des Versprechenden wird hier durch die Vertragserfüllung in keiner Weise betroffen; denn der Gegenstand der Zuwendung, bei dem es sich in diesem Falle nicht um den aus dem Vertrage zu Gunsten Dritter entspringenden Anspruch gegen den Versprechenden, sondern um eine körperliche Sache, oder ein absolutes Recht (z. B. ein Mitgliedschaftsrecht) oder einen Anspruch gegen eine von dem Versprechenden verschiedene Person handelt, gehört bis zum Tode des Versprechensempfängers zu dessen Vermögen und bleibt dem Vermögen des Versprechenden fremd. Der Anspruch des Dritten gegen den Versprechenden kann hier, wie wir oben bereits sahen [429]) nicht auf Übereignung des Zuwendungsgegenstandes gerichtet sein, sondern nur darauf, daß der Versprechende mit dem ihm nicht gehörenden Gegenstand nach Maßgabe des zwischen ihm und dem Versprechensempfänger bestehenden Deckungsverhältnisses zu Gunsten des Dritten verfahre.

---

[426]) So auch mehrfach RG., insbes. noch RG. 106, 1; s. auch Fr. Leonhard, S. 376; vgl. Anm. 420.

[427]) Danz, S. 221.

[428]) Vgl. RG. aaO. u. Bd. 88, S. 137.

[429]) § 12, 2., S. 47/49.

Daneben besteht dann für den Versprechenden auf Grund des ihm erteilten Auftrages noch die Verpflichtung zur Vornahme der zur Vollziehung der Zuwendung erforderlichen dinglichen Rechtsgestaltung.

aa). Am einfachsten würde sich die Erfüllung gestalten, wenn dem Dritten hier neben dem obligatorischen Anspruch auch gleich die Zuwendung selbst in der Weise zufiele, daß ihm mit dem Tode des Versprechensempfängers das Eigentum, oder das absolute Recht oder die Forderung oder der Erlaß seiner Schuld ohne seine Mitwirkung zuteil würde.

Hellwig[430]) folgert die Möglichkeit eines solchen unmittelbaren dinglichen Erwerbes aus den Vorschriften der §§ 328, 931 BGB. Nach § 931 könne das Eigentum an einer beweglichen Sache schon vor deren Übergabe dem Erwerber in der Weise übertragen werden, daß er sich mit dem Veräußerer darüber einige, daß das Eigentum übergehen solle, und sich von ihm den Herausgabeanspruch gegen den Besitzer abtreten lasse. Statt durch Abtretung könne der Erwerber diesen Anspruch aber auch im Wege des § 328 BGB erlangen; er werde dann Eigentümer, sobald er ein unwiderrufliches Recht gegen den Versprechenden auf Herausgabe des in seinem Besitz befindlichen Zuwendungsgegenstandes erlangt habe. Da es nun im Falle des § 331 keiner Vereinbarung über den Rechtsgrund des Erwerbes des Dritten bedürfe, so sei hier zur Eigentumsübertragung auch keine Einigung mit dem Bedachten darüber, daß das Eigentum übergehen solle, erforderlich, vielmehr erwerbe dieser das Eigentum ohne sein Zutun.

Mit Recht macht Kipp[431]) hiergegen geltend, daß es für eine solche Folgerung durchaus an zureichenden Gründen fehle. Bei der abstrakten Natur des dinglichen Erfüllungsgeschäftes lassen sich für dieses aus der Eigenart des obligatorischen Grundgeschäftes keine Schlüsse ziehen. Auch hat das BGB, wie Seyfferth[432]) zutreffend hervorhebt, über den Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen in den §§ 929—931 besonderr Vorschriften erlassen. Andererseits sind auch die Fälle, in denen ein dingliches Recht ohne Beachtung dieser sachenrechtlichen Vorschriften erworben werden kann, ausdrücklich hervorgehoben (z. B. § 1922, 268 und 426, II mit 412 und 401, 1438, 952). Daraus ist zu schließen, daß das Gesetz, indem es für den Fall des § 331 hinsichtlich des dinglichen Erwerbes des Bedachten keine Bestimmung trifft, es hier bei den allgemeinen Vorschriften (für bewegliche Sachen §§ 929 ff.) bewenden lassen will, zumal das dingliche Recht hier auch keineswegs so eng mit dem obligatorischen verknüpft ist, wie z. B.

---

[430]) §§ 52, V; 54, VII.

[431]) S. 141; ebenso auch Termeer, S. 49; vgl. Seyfferth, S. 51, 52; Gieben, S. 59, 60.

[432]) S. 51.

in den Fällen der §§ 426, II mit 401 oder gar 952, wo der Erwerb der Forderung kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift den Erwerb des Eigentums am Schuldschein ohne weiteres nach sich zieht [433]).

Dasselbe muß für Kirschbaum [434]) gelten, der das Eigentum am Zuwendungsgegenstand mit dem Tode des Versprechensempfängers auf den Bedachten übergehen läßt, weil der Zuwendungsgegenstand durch den Vertrag nach § 331 aus dem Vermögen des Zuwenders ausgeschieden sei, der Versprechende aber durch den Todesfall niemals Eigentum erwerben könne, ebenso auch nicht die Erben, da der Vertrag zu Gunsten des Dritten zu Recht bestehe (?!), die zugewendete Sache also sonst zunächst herrenlos sein würde.

Ob ein solches Ausscheiden aus dem Nachlaß, wie es Kirschbaum vorschreibt, überhaupt stattfinden kann, wird weiter unten noch zu prüfen sein. Ein unmittelbarer dinglicher Erwerb des Bedachten wäre jedenfalls nur dann möglich, wenn sich das Prinzip des Vertrages zu Gunsten Dritter, wonach der Bedachte den Anspruch aus dem zwischen dem Versprechensempfänger und dem Versprechenden geschlossenen Vertrage ohne seine Mitwirkung erwirbt, auch auf das dingliche Geschäft in der Weise analog übertragen ließe, daß ihm auf diesem Wege nicht nur der schuldrechtliche Anspruch, sondern auch das dingliche Recht oder die sonstige Rechtsgestaltung zufiele [435]).

Es würde zu weit führen, wenn man zu den verschiedenen, in dieser sehr umstrittenen [436]) Frage vertretenen Ansichten hier im Einzelnen Stellung nehmen wollte. Zwar fehlt bei der Anwendung auf das dingliche Geschäft, wie auch Oertmann [437]) hervorhebt, ein bei dem schuldrechtlichen Vertrage zu Gunsten Dritter wesentlicher Gesichtspunkt, nämlich die „besondere Rechtsbeziehung zwischen zwei Personen, die durch Leistung an einen dabei unbeteiligten Dritten erledigt werden kann“. Trotzdem wird man aber den den §§ 328 ff. innewohnenden Rechtsgedanken, „daß ein Rechtsgeschäft nach dem Willen der Parteien auch zu Gunsten eines an seiner Vornahme unbeteiligten Dritten unmittelbare Wirkungen ausüben [438]) kann“, auf dingliche Geschäfte insoweit anwenden dürfen, als die Rechtsordnung eine solche Rechtsgestaltung ohne Mitwirkung des Betroffenen ausdrücklich zuläßt (z. B. §§ 267, 414 [439]), oder doch die zustandsrechtlichen Vorschrif-

---

[433]) Vgl. Siber, S. 51.

[434]) S. 35, 37/38.

[435]) Vgl. auch Oertmann, aaO.

[436]) Vgl. Eckhardt, „der dingliche Vertrag zu Rechten Dritter„ und die daselbst angeführte Literatur.

[437]) aaO.; vgl. auch Siber, S. 7.

[438]) Kluckhohn, S. 45.

[439]) Vgl. unten.

ten über die Übertragung der verschiedenen Zuwendungsgegenstände (vgl. oben § 3 am Ende!) nicht entgegenstehen[439]).

Gehen wir nun zunächst auf die Frage ein, ob dem Dritten auf diesem Wege eine Schuld erlassen werden kann[440]), so müssen wir uns vergegenwärtigen, daß das Gesetz bereits in den §§ 267[441]) und 414[442]) zwei Wege kennt, auf denen der Dritte ohne seine Mitwirkung von seiner Schuld befreit werden kann, indem das Schuldverhältnis im Falle des § 267 durch die Leistung des Nichtschuldners zum Erlöschen kommt, und bei der privativen Schuldübernahme des § 414 der Übernehmer in die Schuld eintritt und der alte Schuldner, welcher aus dem Schuldverhältnis ausscheidet, von seiner Schuld frei wird. Ebenso wie der Versprechensempfänger als Gläubiger des Dritten nun mit dem „Versprechenden" die Übernahme der Schuld des Dritten vereinbaren, dadurch den Dritten befreien und dann dem Versprechenden die durch ihn übernommene Schuld erlassen könnte, so muß auch der unmittelbar zu Gunsten des Dritten[443]) geschlossene Erlaßvertrag für wirksam gehalten werden, zumal das BGB in § 423[444]) auch noch einen weiteren Fall eines dinglich zu Gunsten Dritter wirkenden Erlasses kennt.

Bei Behandlung der Frage, ob auch die Abtretung einer Forderung, die dem Versprechensempfänger gegen eine von dem Versprechenden verschiedene Person zusteht, zu Gunsten Dritter möglich ist, weist Kluckhohn[445]) in Anlehnung an Bruhns[446]) auf die große Ähnlichkeit hin, die tatsächlich zwischen der Neubegründung eines Rechtes und der — von ihnen für zulässig erachteten — Abtretung eines bestehenden Rechtes zu Gunsten eines Dritten besteht: Wie oben[447]) bereits in einem ähnlichen Zusammenhang ausgeführt wurde, erwirbt der Dritte durch den schuldrechtlichen Vertrag zu seinen Gunsten nur ein einzelnes Recht ,einen Anspruch, während ihm dessen Entstehungsgrundlage, das Schuldverhältnis, fremd bleibt[448]) und unter den Vertragsparteien, d. h. dem Versprechensempfänger bezw. seinen Erben, und dem Versprechenden fortbesteht. Die gleiche Rechtslage ergibt sich aber auch bei der Zession, denn der Zessionar tritt hier durch den Erwerb

---

[439a]) Vgl. Jung, § 170, S. 833; § 306, S. 1103; s. auch Oertmann aaO.; Enneccerus, § 258, VI; Wolff, Sachenrecht, § 39, II, 3.

[440]) s. auch Siber, S. 37, der die Möglichkeit verneint.

[441]) Jung, § 170, S. 833; Kluckhohn, S. 41/43.

[442]) Kluckhohn, S. 50.

[443]) So auch Reichel, S. 157.

[444]) Oertmann, aaO.

[445]) S. 157.

[446]) S. 141.

[447]) § 13, 2. zu Anm. 355, 356.

[448]) Vgl. auch Siber, S. 13/14.

der Forderung ebenfalls nicht in das Schuldverhältnis ein[449]), sondern erwirbt nur den Anspruch auf die Leistung, während die übrigen, aus dem Rechtsverhältnis hervorgehenden Rechtsbeziehungen bei dem Zedenten verbleiben. Daraus, daß die Forderung hier im Gegensatz zum schuldrechtlichen Vertrag zu Gunsten Dritter ohne Mitwirkung des Schuldners auf den Dritten übertragen werden würde, kann die Unzulässigkeit der Abtretung zu Gunsten Dritter nicht gefolgert werden, denn eine Mitwirkung des Schuldners ist auch bei der gewöhnlichen Zession nicht vorgesehen. Und wenn der „Versprechende" hier zusammen mit dem Zuwendenden im eigenen Namen über eine Forderung verfügt, die ihm selbst sowohl in ihrer Entstehungsgrundlage, als auch in ihrem Bestehen fremd ist und fremd bleibt, so darf das ebenfalls nicht ausschlaggebend ins Gewicht fallen, denn er könnte sich im Wege des § 414 durch Vereinbarung mit dem Gläubiger selbst zum Träger dieses Schuldverhältnisses, zum Schuldner machen, und dann ohne weiteres mit dem Gläubiger und Versprechensempfänger vereinbaren, daß die geschuldete Leistung an den Dritten erfolgen solle[450]). So ist die Abtretung zu Gunsten Dritter m. E. ebenfalls für zulässig zu halten[451]).

Soweit es sich jedoch um körperliche Gegenstände handelt, die dem Dritten zugewendet werden sollen, steht dem dinglichen Erwerb im Wege des Vertrages zu Gunsten Dritter der zwingende und ausschließliche Charakter der Vorschriften des Sachenrechts[452]), demzufolge jeder, der ein Recht erwerben will, selbst an der dinglichen Einigung teilnehmen muß[453]), entgegen[454]),

---

[449]) Vgl. Enneccerus, § 302, II, 1.

[450]) Vgl. oben § 12, 2. zu Anm. 269.

[451]) So auch Enneccerus, § 258, VI; Fr. Leonhard, § 183; zweifelnd Staudinger, § 328, I, 2 a; irgendwelche Entscheidungen sind m. Wissens bisher weder zum Erlaß noch zur Abtretung zu Gunsten Dritter ergangen; die von Enneccerus genannten Entscheidungen Rg. 66, 127 u. 71, 187 (s. dazu auch Siber, S. 36 ff.) befassen sich mit der Zulässigkeit eines Verzichts zu Gunsten Dritter auf Ausübung des Rechts aus § 906 BGB und die Aufrechnung mit Gegenansprüchen. Auch aus RG. 80, 175 ff., wo der eine Gesellschafter einer GmbH. in einem Nachtrag zum Gesellschaftsvertrage mit dem anderen Gesellschafter vereinbart hatte, daß für den Fall seines Todes bestimmte Personen als Rechtsnachfolger in seinen Anteil mit allen Rechten und Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis eingesetzt würden, der andere Gesellschafter aber berechtigt sein sollte, diese durch Auszahlung abzufinden, ist zu dieser Frage nichts zu entnehmen, da der Versprechensempfänger seinen Anteil nachträglich an den Versprechenden verkaufte und es sich deshalb nur noch um die Feststellung der Verpflichtung des Versprechenden zur Zahlung der Kaufschuld an den bedachten Dritten handelt.

[452]) RGRK. § 328, Anm. 1; ebenso RG. 98, 279.

[453]) Wolff, Sachenrecht § 38, II, 3.

[454]) Staudinger, § 328, I, 2 a; Warneyer, Vorb. II, vor § 328 und

denn der Versprechende handelt ja, woran hierbei erinnert werden muß, nicht als Vertreter [455]) des Dritten, sondern im eigenen Namen. Ebenso ist ein unmittelbarer dinglicher Erwerb ausgeschlossen, wenn dem Dritten eine Hypothek [456]) oder eine Grundschuld zugewendet werden soll, die dem Versprechensempfänger gegen eine von dem Versprechenden verschiedene Person zusteht, weil das Gesetz (§§ 1154, 1129) auch hier die Mitwirkung des Erwerbes erfordert. Diese Sach- und Rechtslage darf indessen nicht verwechselt werden mit derjenigen, die Siber [457]) und offenbar auch Enneccerus [458]) und M. Wolff [459]) voraussetzen, indem sie bei solchen Rechten, die eine „Leistung aus dem Grundstück" zum Inhalt haben (Hypothek, Grundschuld, Reallast), einen unmittelbaren dinglichen Erwerb des Dritten für möglich halten: Nach Sibers Ansicht ist die entsprechende Anwendung der §§ 328 ff. gerechtfertigt, wenn sich der Versprechensempfänger bei einem Schuldvertrage zu fremdem Recht dingliche Sicherungsrechte für den Anspruch des Dritten bestellen läßt [460]). Hier handelt es sich also um eine Leistung aus dem V e r m ö g e n des V e r s p r e c h e n d e n und um die N e u b e g r ü n d u n g eines Sicherungsrechtes für den schuldrechtlichen Anspruch. Unter diesen Umständen dürfte allerdings kein Bedenken dagegen bestehen, das Sicherungsrecht als Bestandteil des gesamten ursprünglichen oder nachträglich erweiterten Vertrages zu Gunsten Dritter zu betrachten [461]) und gleich dem schuldrechtlichen Anspruch ohne Mitwirkung des Dritten in dessen Person zur Entstehung gelangen zu lassen. Doch gehört diese Frage garnicht hierher, sondern zu der oben unter 1. erörterten Zuwendung aus dem Vermögen des Versprechenden.

bb.) Der Bedachte erwirbt also — namentlich soweit es sich bei der beabsichtigten Zuwendung um körperliche Gegenstände handelt, — zunächst immer nur ein Forderungsrecht gegen den Versprechenden. Dieses fällt ihm aber nicht aus dem Nachlaß zu, sondern scheidet — genau wie bei der oben

---

zu § 929; vgl. auch Planck, Vorb. V vor § 328; and. Ans. Kluckhohn, Bruhns u. Rosenberg in DJZ. 1912, 542 ff.

[455]) Vgl. RG. 66, 99.

[456]) aaO.

[457]) S. 49 ff.

[458]) § 258, VI.

[459]) aaO.

[460]) Ebenso Oertmann, § 328, 6, c.

[461]) So Siber, S. 49; Leonhard, § 183; vgl. auch RG. Gruchot 62, 409, wo für das Gemeine Recht die Bestellung einer Reallast zugunsten eines Dritten mit dinglicher Wirkung für zulässig gehalten wird.

zu 1.[462]) behandelten Sachlage — mit dem Tode des Zuwenders aus dessen Vermögen aus und geht unmittelbar auf ihn über[463]).

Nun wird jedoch von verschiedenen Autoren in recht mißverständlicher Formulierung ausgeführt, daß infolgedessen auch der Vertragsgegenstand nicht zum Nachlaß des Versprechensempfängers gehöre[464]), daß sich das dem Dritten Zugewendete mit dem Tode des Verfügenden ohne Weiteres von dessen Nachlaß trenne[465]) und nicht zum Nachlaß gehöre, da die versprochene Leistung kein Teil des Nachlasses[466]) sei, oder daß das Eigentum am Zuwendungsobjekt zwar auf den Erben des Versprechensempfängers übergegangen, aber nicht Bestandteil des Nachlasses geworden sei[467]). Soweit die Erfüllung aus dem Vermögen des Versprechenden zu erfolgen hat, findet diese Ausscheidung allerdings statt, denn hier ist der Zuwendungsgegenstand, wie wir oben sahen, mit jenem Anspruch gegen den Versprechenden identisch, der mit dem Tode des Versprechensempfänger aus dessen Vermögen ausscheidet und dem bedachten Dritten unmittelbar zufällt, und auf diese Sachlage bezieht sich auch die fragliche Bemerkung bei Jung[468]) und in RG 88[469]). Soweit es sich jedoch nicht um ein derartiges Forderungsrecht gegen den Versprechenden, sondern um sonstige Vermögensrechte des Versprechensempfängers handelt, ist eine solche Trennung ganz unmöglich, denn sie müßte, da nach § 1922 BGB mit dem Tode des Versprechenden dessen Vermögen als Ganzes auf den Erben übergeht, in der Weise erfolgen, daß der betr. Gegenstand aus dem Vermögen des Zuwenders ausschiede. Das könnte aber, wie wir oben[470]) bereit feststellten, wiederum nur so geschehen, daß das zwischen dem Vermögensträger, dem Rechtssubjekt, und dem Vermögensstück bestehende Rechtsband gelöst würde, der Vermögensträger sein Eigentumsrecht verlöre. Nun ist es aber nicht ersichtlich, wie dem schuldrechtlichen Vertrage nach § 331 BGB in Anbetracht der grundsätzlich ab-

---

[462]) Vgl. oben S. 93.

[463]) So auch Lehmann, S. 97; Termeer, S. 49; Seyfferth, S. 21.

[464]) Crome II, S. 225, A. 9; auch Seyfferth, S. 21; vgl. aber auch S. 61, wonach das Eigentum daran doch auf den Erben des Versprechensempfängers übergeht; ferner Melsheimer, wonach der Erblasser durch den Vertrag zugunsten Dritten aus seinem Vermögen ein bestimmtes Gut ausscheidet, das zwar mit dem Erbfalle, aber nicht als Nachlaßgut in die Erbfolge übergehen (S. 35), andererseits dem Dritten mit unmittelbarer dinglicher Wirkung zufallen soll (S. 38) — ein unlösbarer Widerspruch.

[465]) Derburg, § 63, Anm. 11; Lehmann, S. 82, 97; RG. 88, 137.

[466]) RG. 80, 175; RG. Recht 1920, Nr. 606.

[467]) Seyfferth, S. 61.

[468]) § 306, S. 1103.

[469]) aaO.

[470]) S. 8.

strakten Natur der dinglichen Rechtsgestaltung im geltenden Recht die Kraft innewohnen sollte, eine derartige sachenrechtliche Rechtswirkung hervorzubringen, zumal der Bedachte, wie wir bereits sahen [471]) nicht einmal einen Anspruch auf Übereignung, sondern einen bloßen Herausgabeanspruch erwirbt. Und wenn man eine solche dingliche Wirkung doch annehmen wollte, so käme man in Anbetracht des Umstandes, daß ein unmittelbarer dinglicher Rechtserwerb durch den Bedachten hier ausgeschlossen ist, zu einem so eigenartigen Ergebnis, daß dieses allein schon das Unhaltbare einer solchen Konstruktion bewiese: Der fragliche Zuwendungsgegenstand würde, wie Kirschbaum [472]) — insoweit richtig — hervorhebt, mit dem Tode des Versprechensempfängers herrenlos werden, und der Versprechende hätte somit die Aufgabe, herrenlose Wertpapiere, eine herrenlose Hypothek oder gar einen herrenlosen GmbH-Anteil [473]) an den Bedachten zu übereignen bezw. abzutreten.

Wir müssen deshalb daran festhalten, daß das Eigentumsrecht an dem Zuwendungsobjekt mit dem Tode des Versprechensempfängers als Teil des Nachlasses auf dessen Erben übergeht, und daß der Dritte, dessen Herausgabeanspruch gegen den Versprechenden niemals zum Nachlaß gehörte, die Sache selbst nur als einen zum Nachlaß gehörigen Gegenstand aus dem Nachlaß erwerben kann [474]).

Recht unklar drückt sich demnach das RG in seinem Urteil vom 14. 2. 1925 [475]) aus, wo der Bedachte gegen die Erben auf Einwilligung in die Herausgabe von Aktien klagt, die der Erblasser zu seinen Gunsten hinterlegt, sich aber das Verfügungsrecht darüber für die Dauer seines Lebens vorbehalten hatte. Es hält nämlich der Annahme der Revision, daß die Verfügung über das Depot nach seinem Tode auf die beklagten Erben übergegangen sei, entgegen, daß dies dem Inhalt des von ihm geschlossenen Vertrages und seiner Willensmeinung widerspreche, und hebt hierbei auch noch seine Übereinstimmung mit der Entscheidung im 106. Bande hervor, wo die Sachlage ja insofern eine ganz andere ist, als die Leistung aus dem Vermögen des Versprechenden erfolgt. Mit dem den Erben abgesprochenen Verfügungsrecht ist hier auch zweifellos garnicht das Verfügungsrecht im eigent-

---

[471]) S. 47/49.

[472]) S. 38.

[473]) So im Ergebnis die Ausführungen in RG. 80, S. 177.

[474]) So auch Kipp, S. 141; Termeer, S. 49; Sieben, S. 40, 43, 57; RG. 106, 1 in Bezug auf RG. 98, 279; vgl. auch Staudinger, § 2301, A. 2 letzter Abs.; unklar Th. Wolff, S. 195 zu RG. 98, wonach der Dritte im Falle des § 331 das Depot nicht aus dem Nachlaß, sondern aus dem Bankvertrage erwirbt.

[475]) I. Sen. in Recht 1925, Nr. 444.

lichen Sinne, das dingliche Recht, das Eigentum an den Aktien gemeint, sondern nur der Anspruch aus dem Depotvertrage. Das Eigentumsrecht hat der Bedachte hier erst durch ein nach dem Tode des Zuwenders vorgenommenes Rechtsgeschäft aus dem Nachlasse erworben.

cc). Der Versprechende hat also nach dem Tode des Zuwenders das nunmehr zum Vermögen des Erben gehörende Zuwendungsobjekt auf Grund des ihm vom Erblasser und Versprechensempfänger erteilten Auftrages[476]) dem Dritten, Bedachten, zu übereignen. Dabei wird man annehmen müssen, daß ihm mit dem Auftrag zur Vornahme dieses Rechtsgeschäftes auch die Vollmacht zur Abgabe der dafür erforderlichen Willenserklärungen erteilt ist[477]). Die Zulässigkeit einer solchen Vollmacht post mortem wurde oben (§ 9, S. 28 f.) bereits nachgewiesen.

Die Übereignung selbst hat in der Form zu erfolgen, die sich aus der Eigenart des Zuwendungsgegenstandes ergibt[478]). Soweit es sich um bewegliche Sachen handelt, kann der Eigentumsübergang auf den Bedachten auch ohne Übergabe analog der Vorschrift des § 931 BGB herbeigeführt werden, denn der Herausgabeanspruch, den der Bedachte aus § 328 ff. erwirbt, entspricht seinem Inhalte nach dem schuldrechtlichen Anspruch des Deckungsverhältnisses, den der Veräußerer im Falle des § 931 BGB an den Erwerber abtreten müßte[479]). Der dingliche Herausgabeanspruch aus § 985 BGB, dessen Erwerb zur Erlangung des Eigentums nach h. M.[480]) ebenfalls erforderlich ist, könnte allerdings, wenn man eine „Abtretung zu Gunsten Dritter“[481]) (vgl. § 15, aa).) für unmöglich hält, nur in der Weise übertragen werden, daß der Versprechende ihn als Stellvertreter des Zuwendenden zedierte. Häufiger noch wird — gerade im Falle der Zuwendung eines Bankdepots — an Stelle der Übergabe eine Vereinbarung analog der Vorschrift des § 930 BGB treten, wonach die Bank sich verpflichtet, die Wertpapiere nunmehr für den Bedachten aufzubewahren[482]).

---

476) Vgl. oben S. 70/71 und 49.

477) Hellwig, § 54, VII, S. 364; Kipp, S. 141; Seyfferth, S. 55; Sieben, S. 60; Termeer, S. 50; vgl. auch Eckhardt, S. 15, Anm. 37.

478) Vgl. oben S. 16 und zu Anm. 309.

479) Vgl. oben S. 66/68; ebenso Kohler in Arch. BR. 13, 209; Enneccerus, § 290, Anm. 12.

480) RGRK. § 931, Anm. 5; Planck, § 931, Anm. 3; Staudinger, § 931, Anm. 3 a; Hellwig, S. 456, 344 ff.; dagegen Wolff, Sachenrecht, § 67, II, 2 u. Anm. 20; ferner v. Thur I, S. 266, Anm. 105, die beide die Abtretung des dinglichen Anspruches neben der Einigung über den Eigentumsübergang nicht für notwendig halten.

481) Oben S. 103.

482) Vgl. auch M. Wolff, § 67, I, 4.

Nun wiederholt sich die ebenfalls schon behandelte Frage [483]), ob der Erbe, solange die Übertragung des Zuwendungsobjektes noch aussteht, die vom Erblasser dem Versprechenden erteilte Vollmacht nicht widerrufen und dadurch die Vollziehung der Schenkung unmöglichmachen kann. Verschiedene Autoren [484]) verneinen dies mit der Begründung, daß sich die Unwiderruflichkeit deutlich aus dem Wesen der ihr zugrundeliegenden Rechtsbeziehung, dem Vertrage nach § 331 BGB, ergebe. Das ist jedoch unrichtig. Wie wir sahen [485]), läßt sich der Widerruf der Vollmacht nur dann mit dinglicher Wirkung ausschließen, wenn neben dem Interesse des Vollmachtgebers an der freien rechtsgeschäftlichen Betätigung seines Willens ein gleichwertiges rechtliches Interesse des Bevollmächtigten oder desjenigen, demgegenüber der Bevollmächtigte tätig werden soll, vorhanden ist, d. h. wenn die Vollmacht zum Zwecke der Erfüllung einer dem Vmgeber gegenüber dem Bevollmächtigten oder dem Dritten obliegenden Verbindlichkeiten erteilt wurde. Nun ist der Erbe aber dem Versprechenden gegenüber nicht zur Übereignung des Zuwendungsobjektes verpflichtet, und ebenso besteht für ihn auch dem Bedachten gegenüber keinerlei Verbindlichkeit, denn dieser hat ja durch den Vertrag zu seinen Gunsten keinen Anspruch gegen den Nachlaß, sondern nur einen solchen gegen den Versprechenden erworben [486]), und auch dieser ist nicht auf Übereignung, sondern nur auf Herausgabe des Zuwendungsobjektes gerichtet. Ebenso ergibt sich auch aus der zwischen dem Versprechensempfänger und dem Bedachten bestehenden — einseitig begründeten — causa keine Rechtspflicht zur Übereingung. Deshalb ist auch die Zwiespältigkeit, die Pauli [487]) hier erblickt, und zu deren Lösung er eine Verpflichtung des Erben annehmen zu müssen glaubt, garnicht vorhanden. Es wäre allerdings eigenartig, wenn der Bedachte gegen den Versprechenden einen Anspruch darauf hätte, daß ihm dieser als Vertreter des Erben den Zuwendungsgegenstand übereigne, aber für den Vertretenen selbst keine Verpflichtung bestände. In Wahrheit ist die Rechtslage aber so, daß der Erbe zwar das Eigentum, aber keinen vertraglichen Anspruch auf Herausgabe, der Bedachte dagegen den Herausgabeanspruch gegen den Versprechenden, aber keinen Anspruch auf Übereignung hat. Die Übereignungspflicht des Versprechenden beruht allein auf dem neben dem Vertrage zu Gunsten Dritter bestehenden Auftragsverhältnis. Der Vollmacht zur

---

[483]) Oben § 10, S. 33 ff.

[484]) Kipp, S. 141; Seyfferth, S. 60/61; Sieben, S. 60; Termeer, S. 50.

[485]) Oben S. 40/41.

[486]) Kipp, S. 137; Th. Wolff, in Bank-Arch. 21, S. 196; oben Anm. 256.

[487]) S. 28, 29; vgl. auch oben Anm. 286.

Übereignung liegt also, und damit kommen wir zu dem zweiten Irrtume Kipps [488]), garnicht der Vertrag nach § 331, sondern dieser Auftrag zugrunde, und deshalb kann auch die nach Seyfferths Ansicht [489]) für die Unwiderruflichkeit der Vm sprechende Bestimmung des § 331, Abs. II auf die Vm gar keinen Einfluß haben.

Nun wird aber in der Entscheidung des RG in Bd. 106, 1 nebenbei die Frage gestreift, ob in der früheren Entscheidung in Bd. 98 [490]) nicht eine der Geltendmachung des Eigentumsanspruches hindernd entgegenstehende dingliche Gebundenheit der Erben anzunehmen gewesen wäre. Ein ähnlicher Gedanke kommt bei Seyfarth [491]) zum Ausdruck, nach dessen Ansicht der Erbe trotz seines Eigentumsrechtes dieses gegen den Versprechenden nicht geltend machen kann, weil er, durch den geeinten Willen des Versprechensempfängers und des Versprechenden gebunden zwar das Eigentum, nicht aber das „Recht auf die Sache" geerbt habe. Auch Teermeer [492]) ist der Meinung, daß der Erbe zwar die dem Dritten zugedachte Sache selbst geerbt habe, nicht aber das Recht auf die Sache. Mit dem „Recht auf die Sache" ist hier offenbar der Anspruch aus § 985 BGB gemeint; dieser könnte allerdings vom Erblasser im Wege einer „Abtretung zu Gunsten Dritter" oder durch fiduziarische Abtretung an den Versprechenden (vgl. unten § 16) aus seinem Vermögen ausgeschieden und dem Erben vorenthalten sein. Dagegen erscheint eine dingliche Gebundenheit des Erben, wie sie das RG erörtert, schon mit Rücksicht auf den Rechtsgedanken des § 137 BGB [493]) unmöglich. Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern der Vertrag zu Gunsten Dritter, der dem Bedachten lediglich einen schuldrechtlichen Herausgabeanspruch zufallen läßt, eine dingliche Beschränkung der Verfügungsmacht herbeiführen, oder auch nur eine Verpflichtung des Versprechensempfängers zur Unterlassung einer anderweiten Verfügung (§ 137, S. 2 BGB) enthalten könnte, zumal dieser überhaupt keine Verpflichtung zur Übereignung eingeht, dem Bedachten auch gar kein Anspruch gegen ihn erwächst, und die Verpflichtung des Versprechenden zur Übereignung allein auf dem Auftrag des Zuwendenden beruht.

Der Erbe kann also nicht nur die Vollmacht widerrufen, sondern auch über den Zuwendungsgegenstand anderweit verfügen [494]), und auf diesen

---

[488]) Vgl. oben Anm. 441.
[489]) S. 60.
[490]) S. 279 ff.; vgl. oben S. 75, Anm. 312.
[491]) S. 61.
[492]) S. 5.
[493]) Vgl. RGRK. § 137, Anm. 2; bei Forderungen und sonstigen Rechten (§ 413) gilt jedoch § 399.
[494]) Vgl. oben § 11, S. 43, 44.

Wegen die Vollziehung der Zuwendung vereiteln. Doch könnte der Versprechende die Herausgabe des Zuwendungsobjektes an ihn nach § 986 BGB verweigern [495]), da er ihm gegenüber auf Grund des Deckungsverhältnisses zum Besitz berechtigt ist, und der aus diesem Deckungsverhältnis hervorgegangene schuldrechtliche Herausgabeanspruch (aus §§ 667, 695 BGB, vgl. oben S. 47, 48) nicht dem Erben, sondern dem Dritten zusteht. Wir kämen somit zu dem Ergebnis, daß der Bedachte kein Eigentum, der Erbe aber nicht den unmittelbaren Besitz der ihm gehörenden Sache erlangen kann. Die einzig mögliche Lösung ist demnach die in RG 98 [496]) gegebene: Der dem Bedachten zugefallene Herausgabeanspruch ist ihm zu einem ganz bestimmten Zweck, nämlich zur Übertragung des Eigentumes an ihn, eingeräumt worden. Da dieser Zweck nicht mehr erreicht werden kann [497]), so entbehrt die Einräumung des Anspruches des rechtlichen Grundes, und der Erbe kann deshalb mit der condictio ob causum datorum nach § 812 BGB die Abtretung des Anspruches an sich selbst verlangen, diesen Anspruch gegen den Versprechenden geltend machen und so in den Besitz des Zuwendungsobjektes gelangen.

Fragen wir uns nach dem tieferen Grund dieses Ergebnisses, das im ersten Augenblick vielleicht unbefriedigend erscheinen mag, so müssen wir uns an den Zweck erinnern, der mit Schaffung des Rechtsinstitutes des Vertrages zu Gunsten Dritter verfolgt wurde. Es sollte eine Zuwendung aus dem Vermögen des Versprechenden an den Dritten ermöglichen, ohne daß eine doppelte Übertragung, nämlich zuerst vom Versprechenden an den Versprechensempfänger, und dann von diesem an den Dritten notwendig war [498]). Dieser Zweck wird auch, wie wir oben (in § 14, 1.)) gesehen haben, voll und ganz erreicht. Wenn es nun hier versagt, so ist das zweifellos darauf zurückzuführen, daß es sich in diesem Falle garnicht um eine Leistung aus dem Vermögen des Versprechenden handelt, sodaß das Rechtsinstitut einem ihm völlig fremden Zwecke dient.

§ 16.

III. Das Treuhandgeschäft.

Der Treuhandvertrag, der im System des BGB noch nicht behandelt und erst durch die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze ausgestaltet worden ist, gewährt dem Treuhänder die Befugnis, die ihm vom Treugeber

---

495) Seyfferth und Termeer aaO.

496) Vgl. auch Leonhard, S. 375, der dem Ergebnis ebenfalls zustimmt.

497) Vgl. auch RGRK. § 812, Anm. 9 u. Enneccerus, § 444, I u. Anm. 4.

498) Vgl. oben S. 47.

eingeräumte Rechtsmacht kraft eigenen Rechtes und im eigenen Namen auszuüben, legt ihm aber gleichzeitig die Verpflichtung auf, hierbei nicht zum eigenen Vorteil, sondern im Interesse des Treugebers zu verfahren[499]). Er setzt voraus, daß der Treugeber dem Treuhänder einen Gegenstand zu treuen Händen anvertraut, d. h. übereignet[500]), und zwar derart, daß der andere das übertragene Recht im eigenen Namen ausüben, aber nicht zu seinem Vorteil gebrauchen soll[501]), vielmehr verpflichtet wird, über das Empfangene nur in bestimmter Richtung zu verfügen, insbesondere, es wieder herauszugeben[502]). Die Rechtsübertragung, die das Treugut aus dem Vermögen des Treugebers ausscheidet, erfolgt also zu einem Zwecke, der diese Rechtsübertragung garnicht erfordert[503]), und verleiht dem Treuhänder eine umfassendere Machtstellung, als im Verhältnis des Treugebers zu ihm beiderseits gewollt ist[504]). Aus alledem ergibt sich, daß der Treuhandvertrag ein zusammengesetztes Rechtsgeschäft ist, indem hier mit der dinglichen Rechtszuwendung[505]) eine obligatorische, den Treuhänder beschränkende Vereinbarung über den Zuwendungszweck, die „Zwecksatzung"[506]) verbunden wird. Nicht begriffswesentlich ist dabei die Pflicht des Treuhänders zur Rückgabe[507]); ein solches Geschäft kann auch dann vorliegen, wenn er sich verpflichtet, das Empfangene einem Dritten zukommen zu lassen[508]).

a). Der Zuwendende kann sich also hier in unserem Falle dieses Rechtsinstitutes auf zweierlei Art bedienen, indem er der Mittelsperson, die nach seinem Tode die Zuwendung vollziehen soll, das Zuwendungsobjekt übereignet[509]) und ihr entweder einen Auftrag i. S. der §§ 662 ff. BGB erteilt, oder aber mit ihr einen Vertrag nach §§ 328, 331 BGB schließt.

In beiden Fällen nimmt die Mittelsperson das dingliche Geschäft im eigenen Namen vor und verfügt auch über Bestandteile ihres eigenen Vermögens. Infolgedessen werden hier, soweit der Treuhänder in seinem Verhältnis zum

---

[499]) Vgl. RGRK. Vorb. I vor § 164; Planck, § 398, Anm. 1.
[500]) RGRK. aaO.; RG. 84, 217; 91, 16.
[501]) aaO.
[502]) Schöny, S. 324.
[503]) Enneccerus, § 139, II, § 303, IV.
[504]) Jung, § 51, S. 585.
[505]) Schöny, S. 322.
[506]) aaO., S. 323, 324.
[507]) v. Thur, II, 2, S. 185 f.
[508]) v. Thur, S. 186, 188; vgl. auch Enneccerus, § 139, II; Hellwig, § 54, S. 351; Soergel, § 328, Anm. 4; Staudinger bei 2301 zu RG. JW. 1917, S. 924; RG. Gruchot 1927, S. 551; Rspr. OLG. 33, 230.
[509]) Die Form der Übereignung ergibt sich wie bei der gewöhnlichen Übereignung aus der Eigenart des Zuwendungsgegenstandes; s. oben S. 16 u. Schöny, S. 300, 301.

Treugeber als Beauftragter handelt, auch alle jene Streitfragen vermeiden, die sich beim gewöhnlichen Auftrage aus der Hereinziehung des Erben in das dingliche Geschäft ergeben (vgl. oben §§ 5 bis 11). In das Auftragsverhältnis selbst dagegen tritt der Erbe auch hier ein, und kann den Auftrag somit, wie wir oben [510]) bereits sahen, jederzeit widerrufen (§ 671 BGB) und vom Treuhänder aus § 667 BGB die Rückübereignung des Zuwendungsgegenstandes verlangen [511]). Trotz des Widerrufes behält der Treuhänder die Möglichkeit, die dingliche Rechtsgestaltung dem Dritten gegenüber wirksam vorzunehmen, da er ja insoweit aus eigener Verfügungsmacht handelt. Der Bedachte erwirbt in diesem Falle aber ohne rechtlichen Grund, da der Treuhänder die Schenkungsofferte im Namen des Zuwendenden zu machen hätte, seine Vertretungsmacht jedoch durch den Widerruf untergegangen [512]) ist. Nähme der Treuhänder aber die Schenkung nach Widerrufung des ihm erteilten Auftrages im eigenen Namen vor, so würde er sich hierdurch gegenüber den Erben ersatzpflichtig machen.

b). Anders ist die Sachlage, wenn sich die schuldrechtliche Vereinbarung des Treuhandgeschäftes als Vertrag nach § 331 darstellt [513]). Dann müssen, da der Zuwendende den Zuwendungsgegenstand durch die Übereignung an den Treuhänder bereits zu seinen Lebzeiten aus seinem Vermögen ausgeschieden und in das Vermögen des Treuhänders eingebracht hat, alle jene Ausführungen gelten, die oben [514]) zu § 331 für den Fall gemacht wurden, daß der Versprechende die Leistung aus seinem Vermögen zu bewirken hat. Denn der aus dem Deckungsverhältnis erwachsene Anspruch, der hier, wie Seite 48 ausgeführt wurde, nicht allein auf Herausgabe, sondern auch auf Übereignung gerichtet ist, scheidet mit dem Tode des Treugebers aus dessen Vermögen aus und geht auf den Bedachten über [515]), sodaß den Erben allein der Anspruch aus § 335 BGB auf Leistung an den Bedachten bleibt und sie die Vollziehung der Zuwendung somit nicht mehr zu verhindern vermögen. —

---

[510]) § 4, S. 19.

[511]) So auch RG. IV v. 17. Okt. 1921 in Recht 1922, Nr. 51; RG. V. v. 25. Juni 1926 in Gruchot 1927, S. 551.

[512]) Vgl. auch RG.JW. 1917, S. 924, wo nicht das Eigentum, sondern nur der Anspruch auf Herausgabe der bei einer Bank deponierten Aktien an einen Treuhänder abgetreten war.

[513]) Vgl. auch Schöny, S. 317; Soergel, § 328, Anm. 4; RG. Bayr. Z. 1920, S. 29 (zit. bei Staudinger zu § 2301).

[514]) S. 48/49, 66/67.

[515]) Vgl. auch Endemann, § 30, V, b u. oben S. 4.

§ 17.

IV. Vertretung ohne Vertretungsmacht für den Bedachten.

Während die Mittelsperson auf den Wegen, die wir bisher untersuchten, entweder als Gehilfe des Zuwendenden erscheint (so beim Auftrag), oder eine selbständige Stellung zwischen dem Zuwendenden und dem Bedachten einnimmt (so beim Vertrag zu Gunsten Dritter und beim Treuhandgeschäft), kann sie als Geschäftsführer ohne Auftrag auch noch zum Gehilfen des Bedachten werden und als Vertreterin ohne Vertretungsmacht für diesen die Zuwendung entgegennehmen. Die Wirksamkeit des Vertrages, sowohl des dinglichen[516]), wie der Schenkung, für und gegen den Bedachten hängt hier allerdings von dessen Genehmigung ab (§ 177 BGB) und diese wird in vielen Fällen erst nach dem Tode des Zuwenders erfolgen. Gleichwohl bleibt dem Erben das Widerrufsrecht aus § 178 BGB versagt, da dem Erblasser der Mangel der Vertretungsmacht bei dem Abschlusse des Vertrages bekannt war. Auch wirkt die Genehmigung des Bedachten, wenn nicht etwas anderes ausgemacht ist, auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts, also auf die Lebenszeit des Zuwendenden, zurück (§ 184, I BGB), sodaß wir es hier mit einer wirksam vollzogenen Schenkung unter Lebenden zu tun haben. Für seine Lebenszeit könnte sich der Zuwendende dabei auch noch volle Entschließungsfreiheit sichern, indem er sich bis zu seinem Tode ein Rücktrittsrecht vorbehielte (§ 346 ff. BGB), und soweit zulässig[517]), vereinbarte, daß die Vertragswirkungen erst mit seinem Tode eintreten sollen (vgl. § 163 BGB).

Nach alledem haben wir es hier mit einem bereits zu Lebzeiten des Zuwendenden und zukünftigen Erblassers endgültig begründeten und tatbestandsmäßig vollendeten Rechtsverhältnis zu tun, in das der Erbe eintritt, sodaß dieser Weg, der ja auch keinerlei rechtliche Schwierigkeiten aufweist, streng genommen garnicht in den Kreis unserer Erörterungen hineingehört (vgl. oben § 1).

Doch erfordert er insofern Beachtung, als in der bereits oben (S. 23, 24) behandelten Entscheidung des RG in Band 83, wie Jung[518]) nachweist, der

---

[516]) Die Vorschrift des § 177 hat auf dingliche Verträge und auf die sachenrechtliche Einigung ebenso Anwendung zu finden, wie auf schuldrechtliche Verträge (h. M.); vgl. Planck, § 177, Anm. 2; Staudinger, § 177, Anm. 7; RGRK. § 177, Anm. 1; Warneyer, § 177, Anm. II; Enneccerus, § 170, Anm. 4; Fr. Leonhard, Vertretung bei Fahrniserwerb, S. 100; RG. 69, 266 f.; 98, 283; anders wohl nur Eccius, Gruchot 47, S. 65 u. in DJZ. 1902, S. 61, der die Anwendbarkeit der Grundsätze des BGB über den Vertragsschluß auf die dingliche Einigung auch für den Fall des § 177 BGB ausdrücklich leugnet.

[517]) Vgl. § 925, Abs. II BGB.

[518]) Das privatrechtliche Wesen des Geldes, S. 65/66.

Inhalt der von dem sterbenden Geistlichen mit seinem Amtsbruder getroffenen Vereinbarung offensichtlich verkannt ist. Das RG betrachtet den letzteren als Boten des Gebers, und verneint die Vollziehung der Schenkung, weil die Erbin den Eigentumsübergang im Augenblick der nach dem Tode des Zuwenders erfolgten Übergabe der Papiere an das Organ des bedachten Vereins nicht gewollt habe. Nun hat sich aber nach den im Urteil enthaltenen tatsächlichen Feststellungen die zwischen dem Zuwendenden und seinem Amtsbruder bei der Aushändigung der Wertpapiere an den letzteren getroffene Abrede so zugetragen, daß der Geber, der ihm schon einige Tage vorher mitgeteit hatte, daß er sich mit dieser Schenkungsabsicht trage, und ihn gebeten hatte, die Wertpapiere dem Vertreter des Vereins zu überbringen, beim Einpacken erklärte, die Papiere sollten dem Bonifazius-Verein gehören, worauf ihm der andere entgegnete, er würde es besorgen. Als letzterer dann die Papiere an sich genommen hatte, sagte der Schenker, von diesem Augenblick an habe er mit dem Papier nichts mehr zu tun, und sie gehörten ihm nicht mehr.

Dieser Sachverhalt muß dahin ausgelegt werden, daß es dem Geber nicht um die Vorbereitung einer zukünftigen Schenkung, sondern um die sofortige Vollziehung zu tun war. Andererseits läßt sich aus dem Verhalten des Empfängers, der dem zu beschenkenden Verein die Schenkung und Traditionsofferte bestellen wollte, ein Handelnwollen für diesen entnehmen, und es liegt deshalb näher, den Empfänger als Vertreter ohne Vertretungsmacht und die von den beiden Beteiligten getroffene Vereinbarung als eine vollzogene, lediglich in ihrer Wirksamkeit noch von der Genehmigung des Vertretenen abhängige Schenkung anzusehen.

§ 18.

E. Die letztwillige Zuwendung auf nichterbrechtlichem Wege enthält keine Gesetzesumgehung.

Nun erhebt sich aber die Frage, ob nicht jedes derartige, einen nicht erbrechtlichen Erwerb von Todes wegen bezweckende Rechtsgeschäft als Umgehung der Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen und deren Formzwang anzusehen, und aus diesem Grunde nichtig ist.

Hierzu ist zunächst ganz allgemein zu bemerken, daß zwar jedes Rechtsinstitut im Verkehr regelmäßig zur Erreichung eines ganz bestimmten, auf diesem Wege am leichtesten[519]) erreichbaren Zweckes dient, jedoch ein rechtlicher Zwang, es ausschließlich und immer für diesen Zweck zu benutzen, unserer Rechtsordnung fremd ist[520]). Aus der Bestimmung des § 140

[519]) Vetsch, S. 10.
[520]) Vetsch, S. 11, 222.

BGB[521]), die auch das nichtige Rechtsgeschäft in anderer Rechtsnorm aufrecht erhalten will, wenn es deren Erfordernissen entspricht und anzunehmen ist, daß deren Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde, ist vielmehr zu entnehmen, daß unsere Rechtsordnung die Verwendung eines anderen Rechtsinstitutes zur Erreichung des gleichen oder eines ähnlichen wirtschaftlichen Zweckes nicht dem die Nichtigkeit der hierzu regelmäßig verwandten Rechtsform herbeiführenden Verstoße gleichstellt, und daß ein Rechtsgeschäft noch nicht um deswillen nichtig ist, weil mit seiner Hilfe der regelmäßige und eigentümliche Zweck eines anderen Rechtsgeschäfts durch eine andere Rechtsform ganz oder teilweise erreicht wird[522]). Das wird auch durch § 6 des Abzahlungsgesetzes[523]) bestätigt, denn wenn eine allgemeine Auslegungsregel des Inhalts bestände, daß die Vorschriften des umgangenen Geschäftes auch auf alle jene Rechtsformen, durch die derselbe Zweck erreicht werden soll, analog auszudehnen seien, so wäre es nicht nötig gewesen, eine solche Auslegung für das Abzahlungsgeschäft durch besonderen Rechtssatz anzuordnen.

So ist denn bei Beantwortung der Frage, ob eine Gesetzesumgehung vorliegt, d. h. der mit einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift verfolgte Zweck vereitelt wird, von der Gesetzesnorm auszugehen, die umgangen sein soll[524]), und nachzuprüfen, ob nach dem durch Auslegung festzustellenden Willen des Gesetzgebers[525]) die Verwirklichung des beabsichtigten wirtschaftlichen Erfolges[526]) überhaupt verhindert, oder nur gerade eine bestimmte Geschäftsnorm, nämlich gerade dieses eine Mittel zur Verwirklichung des Erfolges getroffen werden sollte[527]). Bezweckt das Gesetz, den durch ein Rechtsgeschäft erstrebten materiellen Rechtserfolg zu verhindern, so ist, wenn es dabei auch nur eine bestimmte Rechtsform bezeichnet, doch j e d e s Rechtsgeschäft nichtig, das diesen Erfolg herbeizuführen sucht. Will das Gesetz aber nicht den Erfolg, sondern nur eine bestimmte Rechtsform verbieten, so läßt es eben das Geschäft, das unter einer anderen Rechtsform in Erscheinung tritt, unbeachtet[528]). Von einer unzulässigen Gesetzesumgehung kann hier keine Rede sein, wenn ein Rechtsgeschäft anderer Art vorgenommen ist, das den gleichen praktischen Erfolg hat, wie er durch die verbotene Rechtsform erreicht werden würde.

Über die Gründe, die gerade bei den erbrechtlichen Verfügungen von Todes

---

521) Jung, § 64, S. 624.
522) aaO.; ebenso Staudinger, § 134, A. 2, Abs. 2, § 117, IV, b.
523) Staudinger, § 117, IV, b.
524) Lurje, S. 377.
525) Enneccerus, § 177, II; Vetsch, S. 225.
526) Vgl. Planck, § 134, Anm. 5.
527) Planck, aaO.; Lurje, S. 378.
528) Lurje, S. 379.

wegen zum Erlaß besonderer Formvorschriften und zur Ablehnung der Aufnahme eines mündlichen Testaments vor Zeugen — etwa neben anderen Formen letztwilliger Verfügungen — führten, geben uns die Motive [529]), die ja allerdings das holographische Testament ebenfalls ablehnen, Auskunft. Es sollte verhütet werden, daß Mängel in der Geschäftsfähigkeit des Erblassers oder dem Inhalte des Testaments unterliefen, die dessen Gültigkeit beeinträchtigen konnten. Auch sollte durch die Form der Errichtung diese selbst und der Inhalt des letzten Willens gegen die Gefahr des Unterganges, der Unterdrückung oder Fälschung gesichert werden, wobei gegen das im gemeinen Recht stellenweise zugelassene mündliche Testament vor Zeugen [530]) noch die Unsicherheit mitsprach, die sich aus der verschiedenartigen Auffassung der Zeugen und der Unzuverlässigkeit ihres Gedächtnisses nur zu leicht ergeben muß.

Der Zweck der Formvorschriften bei den letztwilligen Verfügungen des Erbrechts liegt also offensichtlich nicht darin, Zuwendungen aus dem Vermögen des Erblassers an andere Personen als die gesetzlichen Erben zu erschweren, sondern allein darin, hinsichtlich derartiger Zuwendungen die erforderliche Rechtssicherheit zu gewährleisten. Gerade in diesem Punkt ergibt sich aber ein bemerkenswerter Unterschied zu den von uns untersuchten nicht erbrechtlichen Zuwendungswegen: Während der bei Errichtung eines mündlichen Testaments zugezogene Zeuge an den verschiedenen Bestimmungen und Zuwendungen notwendig ganz unbeteiligt wäre, keine Rechtspflichten übernähme und lediglich die Aufgabe hätte, den — möglicherweise auch noch mißverstandenen — Gedankeninhalt der Erklärung des Erblassers mehr oder minder lange Zeit im Gedächtnis zu behalten, ist die Mittelsperson in unserem Falle nicht Bewahrerin eines fremden Gedankengutes, sondern hat eine ihr selbst obliegende, klar bestimmte rechtliche Aufgabe zu erfüllen, nämlich die Zuwendung an den Bedachten zu vollziehen. Um so weniger dürfen deshalb diese Wege der Formen bedürfen, deren man bei den erbrechtlichen Verfügungen im Interesse der Rechtssicherheit nicht entraten kann. Auch sind ja die rechtlichen Wirkungen, wie wiederholt hervorgehoben wurde, ganz andere, als bei den erbrechtlichen Verfügungen: Dort findet stets eine Verringerung des einzelnen Erbteils, oder eine Belastung des Nachlasses statt, hier dagegen entstehen für den Erben niemals Verpflichtungen, und er kann die Vollziehung der Zuwendung, soweit sie aus dem Nachlaßvermögen zu erfolgen hätte und somit eine Verminderung seines Erbteils bedeutete, vereiteln.

Das Gesetz gibt sogar selbst zu erkennen, daß die im Erbrecht des BGB enthaltenen Vorschriften über letztwillige Verfügungen gar keine ausschließliche Geltung in der Art, daß eine letztwillige Zuwendung nur auf diesem

---

[529]) V, S. 257 ff.

[530]) Motive aaO.; Kipp, Erbrecht, § 13, II.

Wege bewirkt werden könnte, beanspruchen, denn es hat in § 331 BGB selbst einen Weg gewiesen, auf dem durch Vertrag unter Lebenden eine letztwillige Zuwendung gemacht und die für die Verfügungen von Todes wegen gegebenen Formvorschriften erspart werden können[531]).

Auch das RG hebt schon in seiner Entscheidung im 80. Bande[532]) hervor, daß sich bereits vor dem Inkrafttreten des BGB das Bedürfnis geltendgemacht habe, durch Vertrag unter Lebenden die Zwecke zu erreichen, welche das Vermächtnis verfolgt, und sieht dieses Ziel in § 331 verwirklicht. Damit gibt es aber auch zu erkennen, daß es den erbrechtlichen Vorschriften über letztwilligen Verfügungen keine ausschließliche Geltung in dem oben bezeichneten Sinne beimißt. Später ist das unter Aufgabe[533]) der in Band 83[534]) und Band 98[535]) wegen einer solchen „Umgehung" erhobenen Bedenken mehrfach offen ausgesprochen worden: In Band 88[536]) wird ausgeführt, daß das Bürgerliche Recht es nicht verbiete, dem Bedachten eine unentgeltliche letztwillige Zuwendung im Wege der §§ 328 ff. zukommen zu lassen, und in Band 106[537]) wird die Ansicht vertreten, daß das Gesetz „durch die in keiner Weise eingeschränkte Vorschrift des § 331 selbst ein zulässiges Mittel an die Hand" gebe, um die für die letztwilligen Verfügungen gegebenen Formvorschriften zu ersparen.

Ist es aber richtig, daß die erbrechtlichen Vorschriften über letztwillige Verfügungen keine ausschließliche Geltung zu beanspruchen haben, und daß insbesondere dann keine unzulässige Umgehung vorliegt, wenn sich jemand zur Erreichung des regelmäßig nur mit diesen verbundenen Zweckes einer anderen Rechtsform, nämlich der des § 331 bedient, so muß dasselbe auch für jede andere Rechtsform gelten, mit der der Zuwendende den ihm vorschwebenden Zweck zu erreichen sucht, zumal das Gesetz, wie wir sahen, durch die Formvorschrift nicht den materiellen Rechtserfolg hintanhalten, sondern nur, soweit er durch Rechtsgeschäft von Todes wegen herbeigeführt werden soll, der Rechtsunsicherheit vorbeugen will. —

---

531) So RG. 106, S. 1.

532) S. 175 ff.; ebenso Josef, S. 320/21.

533) Vgl. dazu Staudinger, § 2301, Anm. 2, S. 888.

534) S. 223 ff.

535) S. 279 ff.

536) S. 137.

537) S. 1 ff.; RG. Recht 1925, Nr. 444 läßt die formlose letztwillige Zuwendung eines Bankdepots ohne weitere Erörterung der Umgehungsfrage zu.

§ 19.

F. Der Pflichtteilsberechtigte kann von dem Bedachten in jedem Falle die Ergänzung des Pflichtteils nach Maßgabe des § 2329 BGB verlangen.

Wenn der Erblasser durch seine Zuwendung an den Bedachten seine nächsten Angehörigen in ihrem Pflichtteilsrecht (§§ 2303, 2325) beeinträchtigt hat, so werden diese für die ihnen zugefügte Benachteiligung einen Ausgleich zu erlangen suchen. Haben sie die Möglichkeit, den Bedachten zur Ergänzung ihres Pflichtteils heranzuziehen?

Nach § 2325 BGB können sie, wenn der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht hat, als Ergänzung ihres Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlasse hinzugerechnet wird. Aber dieser Ergänzungsanspruch richtet sich ebenso, wie der Pflichtteilsanspruch selbst (§ 2303) zunächst nur gegen den Erben oder Miterben [538]). Nur insoweit, als dieser zur Ergänzung nicht verpflichtet ist (§ 2328), kann sich der Pflichtteilsberechtigte auch an den Beschenkten halten, und von ihm die Herausgabe des Geschenkes zum Zwecke der Befriedigung wegen des fehlenden Betrages nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern (§ 2329, Abs. I, S. 1). Ist der Pflichtteilsberechtigte allerdings selbst der alleinige Erbe (vgl. § 2329, Abs. I, S. 2), so kommt von vornherein nur ein Ergänzungsanspruch gegen den Beschenkten in Frage.

Ist mit ihm eine Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung erfolgt und somit eine Schenkung i. S. des § 516 BGB gegeben, so werden sich bei der Pflichtteilsergänzung als solcher keine besonderen rechtlichen Schwierigkeiten ergeben. Dagegen ist eine unmittelbare Anwendung des § 2329 BGB ausgeschlossen, wenn die Zuwendung im Wege des § 331 erfolgte und eine Einigung über die Unentgeltlichkeit nicht stattfand [539]); denn in diesem Falle liegt keine Schenkung i. S. der §§ 2325, 2329 vor [540]). Nun räumt das Gesetz aber nicht nur dem durch Schenkungen des Erblassers benachteiligten Pflichtteilsberechtigten einen Ergänzungsanspruch ein, sondern läßt das Recht auf den Pflichtteil nach § 2318, Abs. III auch allen Vermächtnissen und Auflagen vorgehen, die der Erblasser letztwillig angeordnet hat. Daraus ist zu schließen, daß das Gesetz jede Benachteiligung der nächsten Angehörigen des Erblassers in ihrem Pflichtteilsrecht durch unentgeltliche Zuwendungen an Dritte grundsätzlich verhüten will [541]), und es bestände des-

---

538) Vgl. auch Kipp, § 136, V.

539) Vgl. dazu Strohal I, § 58, Anm. 2; Hellwig, S. 386 ff.; Natter, S. 303 ff.; Josef, S. 319 ff.; Seyfferth, S. 63; Termeer, S. 62.

540) Vgl. RGRK. § 2325, Anm. 2; Planck, Anm. 2.

541) Termeer, S. 63.

halb, da die Zuwendung aus § 331 weder ein Vermächtnis[542]), noch eine Schenkung im Sinne des § 516 ist, die Möglichkeit, auf diesem Wege den Pflichtteil zu kürzen, ohne daß die Erben sich dagegen wehren können. Der Zweck der vom Gesetz getroffenen Regelung besteht aber gerade darin, den Pflichtteilsberechtigten ein durch keinerlei Verfügungen des Erblassers auszuschließendes Recht zu gewähren[543]). Demnach ist eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 2329 auch auf die Zuwendungen, die im Wege des § 331 erfolgen, geboten[544]).

Über die Bewertung des dem Dritten Zugewandten (vgl. § 2325 BGB) können gerade bei der Lebensversicherung zu seinen Gunsten Zweifel entstehen, weil die Versicherungssumme niemals zum Nachlaß gehört hat. Wenn man aber berücksichtigt, daß Gegenstand der Zuwendung garnicht die Versicherungssumme, sondern der Anspruch gegen die Versicherungsgesellschaft ist[545]), und daß dieser Anspruch, der bis zum Tode des Versicherten befristet und durch die regelmäßige Weiterzahlung der Prämien bedingt[546]) war, zu Lebzeiten des Versicherten zu dessen Vermögen gehörte[547]), so ergibt sich mit Notwendigkeit die Folgerung, daß der Wert dieses Anspruches in Ansatz gebracht werden muß. Dieser Wert ist aber — abgesehen von dem von Hellwig[548]) erwähnten Ausnahmefall — stets gleich dem Nennwert der Versicherung.

---

542) s. oben S. 60.

543) Vgl. Hellwig, S. 387; Seyfferth, S. 64.

544) Ebenso OLG. 38, 236; Seyfferth, aaO.; Termeer, aaO.; anders Hellwig, der die analoge Anwendung von § 2329 ablehnt, da dies der wahren Natur einer Zuwendung nach § 331 widerspreche, und dem Berechtigten dafür einen Konditionsanspruch aus § 812 BGB gewährt, weil der Dritte etwas bekommen habe, was ihm nach dem Rechtsgedanken des § 2318 nicht gebühre.

545) s. oben S. 66/67; ferner Josef, S. 322.

546) Natter, S. 305.

547) s. Anm. 545.

548) S. 387; in Ergebnis ebenso Josef, S. 329 u. Natter, S. 309, die die Versicherungssumme dem Nachlaß zurechnen wollen.

Lebenslauf.

Am 31. Dezember 1904 kam ich, Hermann Leberecht Sylvester von Spindler, in Korbach (Waldeck) als Sohn des Gymnasialprofessors Dr. phil. Hermann von Spindler und seiner Ehefrau Berta Elisabeth, geb. Wermuth, zur Welt. Seit Ostern 1911 besuchte ich zunächst die Korbacher Bürgerschule, und, nachdem mein Vater 1912 nach Marburg versetzt worden war, die dortige Vorschule und das Gymnasium Philippinum. Am 12. Februar 1923 erhielt ich das Reifezeugnis und ließ mich im Sommersemester 1923 bei der Universität Marburg immatrikulieren. In den Jahren 1926 bis 1928 war ich einen großen Teil meiner Zeit als Werkstudent tätig. Am 6. Februar 1929 bestand ich vor dem Juristischen Prüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung und am 28. März 1933 die große Staatsprüfung. Zur Zeit bin ich als Hilfsrichter bei dem Landgericht in Marburg tätig.